TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXXVIII

Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilarerais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais.

TITULO XXII

NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS E NEGÓCIOS JURíDICOS PLURILATERAIS

PARTE 1

Negócios juridicos bilaterais e plurilaterais em geral

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DOS NEGÓCIOS JURIDICOS BILATERAIS E DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

PLURILATERAIS

§ 4.184. *Conceito e natureza dos negócios juridicos bilaterais.* 1. Negócios jurídicos bilaterais e manifestações de vontade. 2. Conceito de negócio jurídico bilateral

4.185. *Conceito e natureza dos negócios juridicos plurilaterais.*

1.Conceito de negócio jurídico plurilateral. 2. InvaIidade da manifestação de vontade de um dos figurantes. 3.

Finalidade comum e denunciabilidade. 4. Dissolução das sociedades sem prazo determinado. 5. Dissolução das sociedades com prazo determinado. 6. Direitos, pretensões e ações em caso de plurilateralidade do contrato. *7.*

Prazo e duração dos negócios jurídicos plurilaterais

CAPITULO II

COMPoSIÇÃO DOS NEGÓCIOS JURIDICOS BILATERAIS E DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

PLURILATERAIS

§ 4.186. *Composição dos negócios juridicos bilaterais e dos negócios juridicos plurilaterais.* 1. Traços característicos. 2. Atitude de método

§ 4.187. *Manifestações de vontade expressão* . 1. Conceito. 2. Linguagem

e expressividade

§ 4.188. *Manifestações tácitas de vontade e manifestações de vondade pelo siléncio* . 1. Duas espécies. 2.

Manifestações tácitas da Vontade. 3. Silêncio

4.189. *Oferta.* 1. Conceito. 2. Função da oferta

4.190. *Aceitação.* 1. Espécies. 2. Aceitação expressa. 3. Aceitação tácita. 4. Aceitação pelo silencio 4.191. *Contratos de* massa *e contratos de adesão.* 1. Precisões preliminares. 2. Invitações à oferta e ofertas ao público...

4.192. *Resultados cientificos.* 1. Bilateralidade, construção jurídica e ofertas tácitas. 2. Bilateralidade e aceitações tácitas. 3. Caracterização das duas espécies. 4. Crédito, pretensão e ação.5.Sucessividade e simultaneidade das manifestações de vontade. 6. Campo típico para o Direito das Obrigações 4.193. *Principio do auto-regramento da vontade, dito principio da autonomia.* 1. A chamada liberdade contratual e seus limites. 2. Liberdade de **a-.**

conclusão e liberdade de determinação do conteúdo do negócio juridico bilateral e plurilateral. 3. Liberdade de conclusão do negócio jurídico bilateral ou do negócio jurídico plurilateral e limites ou exceções ao princípio.4.Liberdade de determinação do conteúdo negocial e exceções ao principio CAPITULO III

CONTEÚDO E CONCLUSÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS E PLURILATERAIS

§ 4.194. *Negócio juridico e conclusão* . 1. Precisões2. Consenso.3.Consenso e vinculação. 4. Vinculação do oferente. 5. Recepticiedade da oferta. 6. Aceitação e oportunidade. „7. Aceitação pelo silêncio. 8. Resposta tardia ou com nome improprio de “aceitação”. 9. Revogação da aceitação. 10. Contrato por meio de correspondência

4.195. *Momento e lugar da conclusão dos negócios juridicos bilaterais e plurilaterais.* 1. Momento da conclusão.

2. Pontos do negócio jurídico e consenso. 3. Lugar da conclusão dos negócios juridicos bilaterais e dos negócios jurídicos plurilaterais

Forma dos negócios juridicos bilaterais e dos negócios juridicos plurilaterais. 1. Regras jurídicas gerais. 2.

Regras jurídicas especiais sôbre forma. 3. Pré-contratos

§ 4.197. *Determinação do conteúdo do negócio jurídico bilateral e do conteúdo do negócio juridico plurilateral.*

1. Conteúdo do negócio jurídico. 2. Determinação do conteúdo por um dos figurantes. 3. Determinação deixada a terceiro. 4. Negócios jurídicos plurilaterais. 5. Regras jurídicas integrativas. 6. Cláusulas negociais de ordem geral

CAPITULO IV

INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURIDICOS BILATERAIS E PLURILATERAIS

1 4.198. *Conceito e natureza da interpretação dos negócios juridicos.*

1.Conceito de interpretação dos negócios jurídicos. 2. Natureza da interpretação dos negócios jurídicos

§ 4.199. *Interpretação integrativa do negócio juridico.* 1. Sentido do negócio jurídico e falta de previsão literal. 2.

Interpretação jintegrativa e regras jurídicas cogentes e dispositivas. 3. Negócios jurídicos formais. 4. Êrro e parte integrante

§ 4.200. *Regras juridicas interpretativas. 1.* "Jus interpretativum". 2.Natureza das regras jurídicas interpretativas.

3. Função do juiz

~4.201. *Interpretação auténtica do negócio jurídico.* 1. Conceito. 2.Distinções que se impõem. 3. Prova e interpretação autêntica

§ 4.202. *Objeto da interpretação dos negócios jurídicos e meios de interpretar.* 1. Objeto da interpretação. 2.

Linguagem e interpretação dos negócios jurídicos. 3. Vontade (intenção)do figurante ou dos figurantes. 4. Usos do tráfico. 5. Finalidade do negócio jurídico e sentido da manifestação de vontade.

6. Circunstâncias exteriores ao instrumento. 7. Ônus da prova

§ 4.203. *Técnica da interpretação dos negócios juridicos.* 1. Atitude do intérprete diante das palavras. 2. Conduta dos figurantes após a conclusão do negócio jurídico. 3. Punctaçôes ou minutas e tratos preliminares. 4.

Impossibilidade da interpretação. 5. Vontade e elementos volitivos de fora. 6. Con-tratos benéficos. 7. Regras jurídicas do Código Comercial

CAPITULO V

FORMA E PROVA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS E PLURILATERAIS

~§ 4.204. *Princípios gerais e regras juridicas especiais sobre forma.* 1.Direito civil e direito comercial. 2. A formalidade, no senso estrito

§ 4.205. *Regras jurídicas especiais sêbre forma.* 1. “Lex specialis”. 2.Exigências quanto *à* prova que não são exigências de forma

„§ 4.206. *Principios gerais e regras juridicas especiais sôbre prova.* 1.Direito privado em geral. 2. Instrumentos particulares.

3.Correspondência epistolar e telegráfica. 4. Livros dos comerciantes. 5. Escritos em língua estrangeira. 6.

Código Comercial, art. 134

a-.

§ 4.207. *Prova do direito que rege o negócio juridico.* 1. Direito nacional e direito estrangeiro. 2. Direito estrangeiro. 3. “lus singularis”

CAPÍTULO VI

VALIDADE E INVALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS E DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

PLURILATERAIS

4.208. *Principios gerais.* 1. Atos jurídicos “stricto sensu” e negócios jurídicos. 2. Proibição dos negócios jurídicos sôbre herança de pessoa viva. 3. Vendas e doações a descendentes. *4.* Limite objetivo às doações 4.209. *Inegociabilidade.* 1. Limites objetivos da negociabilidade.

2.Sanção à infração da regra jurídica, escrita ou não escrita, que estabeleceu a inegociabilidade. 3.

Impossibilidade ao tempo da conclusão do contrato bilateral

§ 4.210. *Nulidade e anulabilidade.* 1. Código Civil, arts. 145-158. 2.Código Comercial, arts. 129, 122-125. 3.

Impossibilidade da prestação ou da contraprestação

TÁBUA SISTEMÁTICA DAS MATÉRIAS

PARTE II

Responsabilidade do figurante por vícios de direito e por vícios do objeto

CAPÍTULO 1

AS DUAS ESPÉCIES DE VÍCIOS DA PRESTAÇÃO

4.211. *Precisões conceptuais.* 1. Objeto da prestação antes de haver a prestação. 2. Atitude metodológica 141

§ 4.212. *Vícios do direito.* 1. Conceito. 2. Eliminabilidade do vicio do direito. 8. Pré-exclusão da pretensão à resolução ou à indenização

§ 4.218. *Vícios do objeto.* 1. Precisões. 2. Espécies de bens e defeitos ou vícios do objeto. 3. Conceito. 4. Vício do objeto há de estar no objeto. 5. Qualidades asseguradas. 6. Entrega errada ou equivocada e vício do objeto. *7.*

Vícios do objeto, entrega errada ou equivocada e prazo preclusivo. 8.Pré-exclusão da responsabilidade por vício do objeto. 9.Momento em que há de existir o vicio do objeto para a recusa ou para a redibição ou a diminuição da contraprestação

CAPITULO II

EVICÇÃO

§ 4.214. *Conceito de evicção e de responsabilidade por vícios de direito.* 1.Conceito. 2. Divida de garantia pela evicção e pretensão oriunda da evicção. 3. “Auctoritas” e evicção

§ 4.215. *Dados históricos.* 1. Direito romano. 2. Direito germânico.3.Direito luso-brasileiro e brasileiro. 4.

Precisões

§ 4.216. *Vícios jurídicos e responsabilidade.* 1. Responsabilidade pela evicção. 2. Compra-e-venda. 3. Troca. 4.

Direito de possee evicção. 5. Fundo de comércio ou indústria e outros bens. 6.Doações. 7. Atribuição de uso e evicção. 8. Legados. 9.Atos de divisão e partilha. 10. Demarcação. 11. Anulação por êrro. 12. Pré-contratos e evicção. 13. Promessa de dote e evicção. 14. Mulher ou herdeiros, se o marido foi evicto. 15. Condição suspensiva e evicção. 16. Têrmo suspensivo e evicção. 17. Exceção derivada da pessoa do outorgado. 18.

Negócios jurídicos plurilaterais

§ 4.217. *Aquisição nos juízos.* 1. Execução forçada e evicção. 2. Alienações judiciais não coercitivas

§ 4.218. *Espécies de evicção.* 1. Evicção total e evicção parcial. 2.Conceito de parcialidade da evicção. 3. Valor da parte evicta e restituição. 4. Evicção por detração de direito. 5.Evicção parcial e art. 1.109, 1-111, do Código **a-.**

Civil. 6. Universalidades e evicção. 7. Evicção positiva e evicção negativa

§ 4.219. *Pretensão à responsabilidade pela evicção e intervalo entre* o *seu nascimento e a evicção.* 1. Perigo de futura evicção. 2.Exceção de evicção iminente (“exceptio evictionis imininentis”) . 3. Bens inexistentes, bens perecidos e evicção. 4.Fato próprio do outorgante posterior à conclusão do contrato e anterior à prestação

§ *4.220.Pressupostos da responsabilidade pela evicção.* 1. Objeto do contrato oneroso. 2. Cessão de crédito ou de direitos e evicçáo. 3. Onerosidade do negócio jurídico. 4. Contrato oneroso sôbre bem futuro. 5. Doações e inevencibilidade. 6. Atribuição de direito, pretensão, ação ou exceção e evicção. 7.Limitações legais ao direito. 8.

Evícto e terceiridade...

§ 4.221. *O fato da evicção.* 1. Antes e depois da evicção. 2. Momento em que o contraente outorgante há de afastar o vício de direito. 3. Momento em que se dá a evicção e eficácia sentencíal. 4. Quando se dá a evicção. 5. Ônus da prova...

§ 4.222. *Irresponsabilidade e irresponsabilização pela evicção.* 1. Estipulação expressa em contrário pela evicção, agravação e minoração. 2. Contraprestação e restituição. 3. Agravação e minoração. 4. Direito do evicto se houver cláusula pré-excludente da responsabilidade do outorgado pela evicção. 5.Direitos pessoais e cláusula pré-excludente ou excludente.6. Aquisição do direito após a conclusão do contrato e antes do adimplemento. 7.

Fato do outorgante posterior à conclusão do contrato ou à prestação. 8. Processo iniciado antes da conclusão do contrato

§ 4.223. *Evicção pré-elidida.* 1. Conceito. 2. Sorte da pretensão à responsabilidade pela evicção. 3. Satisfação do outorgado que poderia ser evicto. 4. Outorgado que satisfaz o possível evictor

§ 4.224. *Sujeitos ativos e sujeitos passivos da relação jurídica de responsabilidade pela evicção.* 1. Pretensão à responsabilidade pela evicção. 2. Pessoas jurídicas estatais e evicção. 3. Pluralidade de outorgantes e pluralidade de outorgados. 4. Pluralidade de evictores. 5. Relação entre o evictor e o outorgado ou o outorgante. 6.

Disponibilidade dos créditos.

§ 4.225. *Dação em soluto e evicção.* 1. Pródromos das soluções. 2. Direito brasileiro. 3. Onerosidade

§ 4.226. *Extensão da indenização.* 1. Restituição da contraprestação e indenização. 2. Contraprestação e valor. 3.

Restituição em natura e preço. 4. O que há de ser indenizado pelo outorgante. 5. Frutos indenizáveis. 6. Despesas até o adimplemento . 7. Prejuízos que diretamente resultaram da evieção. 8. Despesas judiciais. 9. Deteriorações.

10. Perda total ou parcial

§ 4.227. *Benfeitorias e evicção.* 1. Benfeitorias necessárias e úteis. 2.Benfeitorias indenizadas que o alienante fêz

§ 4.228. *Óbices ao nascimento da pretensão à responsabilidade pela evicção.* 1. Precisões. 2. Conhecimento do vicio de direitopelo outorgado. 3. Jôgo e aposta

§ 4.229. *Extinção da responsabilidade pela evicção.* 1. Precisões.2.Causas de extinção. 3. Falsa causa de extinção. 4. Pré--exclusão e renúncia à pretensão de indenização por evicção.5.Momento da renúncia. 6.

Imprescritibílida de. 7. Reconhe-cimento do outro direito, pretensão, ação ou exceção pelo outorgado. 8. Perda da pretensão à responsabilidade pelaevicção por defesa omissa ou defeituosa

§ 4.230. *Pretensão e ação de evicção.* 1. Dois conceitos. 2. Ação de evicção. 3. "Exceptio denunciationis non factne". 4. Re-núncia. 5. Prescrição da pretensão à indenização fundada em responsabilidade pela evicção. 6.

Perecimento do objeto da prestação

§ 4.231. *Litisdenunciação.* 1. Conceito2. Chamamento à autoria elitis denunciação. 3. Precisões 4. Espécies não referidas de litisdenunciação

§ 4.232. *Chamamento à autoria.* 1. Chamamento à autoria ou "litisdenunciatio". 2. Chamamento à autoria não é litisconsórcio. 3.Litisconsorciação do outorgante. 4. Chamado à autoria ou litisdenunciado. 5. Relação jurídica entre litisdenunciante e litisdenunciado. 6. Riscos da evicção. 7. Litisdenunciante réu. 8. Litisdenunciante autor.

9. Litisdenunciante e lide. 10.Litisdenunciação pelo litisdenunciado. 11. Litisconsórcio entre lítisdenunciante e litisdenunciado. 12. Assentimento supérfluo da parte contrária ao chamamento. 13. Notificação ao litisdenunciado. 14. Citação do litisdenunciado. 15. Acudimento à citação; citação intempestiva e falta de citação.

16.Reconhecimento da procedência da litisdenunciação. 17. Chamamento à autoria e propositura de outras ações.

18. Litisdenunciação e ônus do litisdenunciante, se o litisdenunciado não comparece. 19. Outorgante que espontâneamente comparece. 20. Litisdenunciante que continua na lide **CAPITULO III**

a-.

VÍCIOS REDIBITÓRIOS

§ 4.233. *Conceito e natureza.* 1. Antes da entrega e depois da entrega.

2.Direito romano e direito grego. 3. Momento em que se aprecia o vício do objeto. 4. “Contratos comutativos” e responsabilidade por vícios do objeto

§ 4.234. *Duas pretensões em alternatividade.* 1. Direito ao objeto e pretensões por vício do objeto. 2.

Alternatividade. 3. Vícios do objeto sucessivos

§ 4.235. *Nascimento e extinção da pretensão à responsabilidade por vício do objeto.* 1. Nascimento da pretensão.

2. Vício do objeto, ou defeito “stricto sensu” e falta de qualidade. 3. Ignorância do vício do objeto pelo outorgado.

4. Pré-exclusão do nascimento da pretensão. 5. Renúncia à pretensão à responsabilidade por defeito do objeto. 6.

Extinção da pretensão por fato de silêncio. 7. Natureza e pressupostos da “reserva~“ ou “ressalva”. 8. Preclusão.

9. Satisfação da pretensão à responsabilidade pelo vicio do objeto

§ 4.236. *Dívidas e bens genéricos.* 1. Gênero e espécie. 2. Pretensão ao adimplemento. 3. Vício do objeto nas prestações de bens genéricos ou subgenéricos. 4. Indenização de danos.

§ 4.237. *Pretensão à redibição.* 1. Nascimento da pretensão à redibição. 2. Como se opera a redibição. 3.

Pluralidade de bens e vício do objeto. 4. Responsabilização e liquidação da redibição. 5. Presunção das pretensões nascidas da redibição. 6. Pluralidade de outorgados e pluralidade de outorgantes.

§ 4.238. *Pretensão à diminuição do quanto contraprestado.* 1. Pressupostos 2. Exercício da pretensão à diminuição da contra-prestação 3. Pluralidade de outorgados e pluralidade de ou-torgantes4. Como se opera a minoração da contraprestação

§ 4.239. *Vendas em hasta pública.* 1. Código Civil, art. 1.106. 2. Abrangência

§ 4.240. *Pretensão à responsabilidade por vicio do objeto e outras pretensões.* 1. Precisões. 2. Pretensão de indenização por inadimplemento e pretensão à responsabilidade por vícios do objeto. 3. Exercício da pretensão por vício do objeto antes da tradição. 4. Pretensão à anulação por êrro e pretensão à redibição ou redução. 5.

Pretensão à anulação por dolo e pretensão à redibição ou redução. 6. Dualidade assegurada.

7. Dolo do outorgante

§ 4.241. *Se existe, no direito brasileiro, a exceção de vício do objeto.*

1.Comunicação da existência do vício do objeto. 2. Exceção da redução da contraprestação. 3. Exceção da redibição.

PARTE III

“Culpa in contrahendo”, revogação, resolução, resilição e usura

CAPÍTULO 1

“CULPA IN CONTRAHENDO”

§ 4.242. § 4.243. *Conceito de “culpa in contrahendo”.* 1. Nulidade e culpa. 2.Natureza da responsabilidade319

Regras juridicas sóbre a responsabilidade por “culpa in contrahendo”. 1. Responsabilidade e atos de terceiros.

2. Deveres no tempo anterior à conclusão e no momento da conclusão. 3.Presentante e representante. 4.

Prescrição e preclusão.

CAPITULO II

a-.

REVOGAÇÃO

§ 4.244. *Conceito e manifestações de vontade revogáveis.* 1.Conceito.2. Retratação e revogação

§ 4.245. *Modo de revogar e eficácia da revogação.* 1.Modo de revogar. 2. Eficácia da revogação **CAPÍTULO XII**

RESOLUÇÃO E RESILIÇÃO

§ 4.246. *Conceito e natureza dos fatos.* 1. Dois conceitos. 2. Re-solução, resilição e denúncia negocial. 3. Espécies de resolução "lato sensu". 4. Diferenças entre o direito negocial de resolução e o direito legal de resolução. 5.

Eficácia da resolução e da resilição

§ 4.247. *Resolução "lato sensu".* 1. Reserva do direito de resolução.

2.Resolução "lato sensu" em virtude de têrmo ou de condição

§ 4.248. *Resolução e resilição por inadimplemento.* 1. Pretensão à resolução. 2. Inadimplemento, mora e resolução. 3. Questões sôbre inadimplemento

§ 4.249. *Relação jurídica de liquidação e restabelecimento do "status quo".* 1. Momento de nascimento da relação jurídica oriunda da resolução ou da resilição. 2. Restituição ao estado anterior

§ 4.250. *Pré-exclusão do direito de resolução ou de resilição.* 1. Pré-exclusão legal e pré-exclusão negocial. 2.

Dívidas de prestação duradoura. 3. Ônus da prova

§ 4.251. *Exceção "non adímpleti contractus", exceção "non r~te adnnpleti contractus" e exceção de inseguridade.* 1. Código Civil, art. 1.092, alínea 1~a~ 2. Remissões **CAPÍTULO IV**

USURA E REGRA JURÍDICA PROIBITIVA

§ 4.252. *Proibição da usura.* 1. Usura e principio constitucional.2.Juros e outros “obséquios”. 3. Natureza e alcance da proibição

4.253. *Precisões quanto ao conceito de usura e aplicações conceptuais.* 1.O que constitui usura. 2. Juros e dúvidas a respeito do quanto. 3. Usura e tempo das operações. 4. Se a sanção é de nulidade total ou de nulidade parcial. 5.

Usura e entidades estatais, paraestatais e de economia mista .. .

PARTE IV

Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais

CAPÍTULO 1

GENERALIDADES SÓBRE AS ESPÉCIES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS E PLURILATERAIS

§ 4.254. *Negócios jurídicos de direito das obrigações e negócios jurídicos fora do direito das obrigações.* 1.

Advertência sôbre os dois conceitos. 2. Contrato consensual e contrato real.

3. Negócios jurídicos consensuais que correspondem aos negócios jurídicos reais

§ 4.255. *Negócios jurídicos objetivamente alheios e negócios juridicos sub jetívamente alheios.* 1. Dois conceitos.

2. Interêsse da distinção§ 4.256. *Negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais de direito civil e negócios jurídicos bílaterais e plurilaterais de direito comercial.* 1. Precisões. 2. Código Comercial brasileiro.

3.Atos de comércio

4.257. *Contratos típicos e contratos atípicos, contratos mistos e contratos mistos ou fusionados.* 1. Contratos e relações juridicas contratuais. 2. Negócios jurídicos mistos. 3. Tipicidade e acrescentamentos. 4. Negócios jurídicos separados instrumentalmente ou no tempo e ligação entre êles. 5. Contratos atípicos **a-.**

§ 4.258. *Contratos onerosos e contratos gratuitos.* 1. Conceitos de onerosidade e de gratuidade. 2. Regime jurídico dos negócios jurídicos gratuitos

CAPÍTULO II

CONTRATOS ALEATÓRIOS

§ 4.259. *Conceito e natureza.* 1. Conceito. 2. Contratos aleatórios típicos

§ 4.260. *Espécies de contratos aleatórios.* 1. Precisões. 2. Espécies de contratos aleatórios quanto à existência do objeto...

CAPÍTULO III

RELAÇÕES JURÍDICAS ANTENEGOCIAIS

§ 4.261. § 4.262.

§ 4.263. § 4.264. *Pré-contratos e dever de contratar.* 1. Precisões. 2. Lei e divisão judicial *Perfeição dos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais.* 1.Momento da perfeição. 2. Formalidade ou elemento integrativo. 3. Eficácia dos pré-contratos *Conceito e natureza do direito de preferéncia.* .1. Fixação de conceitos. 2. Precisões

Direitos dc preferência. 1. Leis e negócio jurídico. 2. Cláusula e pacto anterior ou posterior de preferência. 3.

Direito de preferência e pré-contrato. 4. Espécies de direito de preferência. 5. Incedibilidade e intrasmissibilidade.

6. Pluralidade de titelares do direito formativo gerador. 7. Pluralidade de bens adquiridos e pacto de preempçáo

Título XXII

NEGÓCIOS JURÍDICOS JURÍDICOS BILATERAIS E NEGÓCIOS PLURILATERAIS

Parte 1. Negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais em geral

CAPÍTULO 1

CONCEITO E NATUREZA DOS NEGÓCIOS JURIDICOS BILATERAIS E DOS NEGÓCIOS JUR!DICOS

PLURILATERAIS

§ 4.184. Conceito e natureza dos negócios jurídicos bilaterais

1.NEGÓCIOS JURIDICOS BILATERAIS E MANIFESTAÇÕES DE VONTADE. Já falamos, longamente, dos negócios jurídicos unilaterais, dando-lhes trato anterior ao dos negócios jurídicos bilaterais e dos negócios jurídicos plurilaterais, por têrmos de atender o que nAo se fêz até aqui a que a oferta, em si é negócio jurídico, é manifestação de vontade que entra no mundo jurídico, embora o seu destino seja apenas o de integrar o negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Quando o homem, por si só e imediatamente, pode satisfazer vontades que derivam da percepção ou do sentimento de alguma necessidade, e assim afastar aquele "desprazer com o presente" (tfnlust mit dem .Tetzt), a que se referia E. ZrrzLMANN *(Irrtum und RechtsgescMft, 95* s.), não precisa de pra ticar atos que possam compor suportes Lácticos a que a regra jurídica dê entrada no mundo jurídico. ~1e a satisfaz, imediata e diretamente. Se, porém, o terreno que lhe agrada já pertence a outrem, ou está na posse de outrem, tem de adquiri-la do dono, ou do **a-.**

possuidor, e o único meio para obter aquilo de que precisa, ou lhe é útil ou lhe parece útil, é o negócio jurídico bilateral, ou o ato duradouro, fáctico, que se venha a tornar, no futuro, fato jurídico, se a prática de tal ato duradouro é possível no caso *(e.* g., posse para usucapião). O direito deixa certa zona de interêsses em que o homem, só por si, pode praticar atos que integrem suportes fácticos.

A importância dos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais é, pois, enorme. Por êles, cada um obtém que outrem tenha dever e obrigação de satisfazer a vontade de quem *quer* o ato de outrem, ou a comunidade de fim.

Os atos jurídicos têm, portanto, juridicidade e, pois, eficácia *querida,*

ou juridicidade e eficácia *não -querida* (=

não se quis necessâriamente que fôssem atos jurídicos), ou consequências da ilicitude. Às três classes é bem certo que se referiam os juristas romanos quando, em fragmento de MODESTINO, diziam (L. 52, D., *de obligationibus et actionibus, 44, 7)* que nos obrigamos *ex voluntate nostra,* ou *ex necessit* ate, ou quando infringimos lei. Uma coisa é a vontade que vincula; outra, a vontade de se vincular. A vontade que vincula, sem se ter querido vincular, supõe que era indiferente terem-se querido, ou não, a juridicidade e, pois, a eficácia (= não se quis necessAriamente que fôssem atos jurídicos~ quis-se que não fôssem atos jurídicos, pois que a segunda proposição se contém na primeira, e não vice-versa). O perecimento da coisa é somente fato jurídico; mas a destruição pelo proprietário é ato jurídico, se houve vontade ou culpa. Ali, há incidência de nova regra jurídica sôbre o fato do perecimento (acontecimento, como suporte fáctico) ; aqui, o suporte fáctico é ato humano (cp.

ERNST ZITELMÂNN, fie juristische Willenserklârung, *Jahrbitcher fúr rUe Dogmatik,* 16, 379).

A pluralidade de figurantes dos negócios jurídicos torna-os *bilaterais* ou *plurilaterais.* Os negócios jurídicos bilaterais são os mais frequentes. Daí as leis e os livros mais se preocuparem com os negócios jurídicos bilaterais do que com os negócios jurídicos unilaterais.

Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais compõem interêsses que se contrapõem, ou que são paralelos. Quem funda sociedade não compõe interêsses contrapostos. traça linhas comuns para interêsses que são os mesmos, ou que vão ser os mesmos. Dá-se isso também se com o negócio jurídico bilateral ou plurilateral se divide, ou se partilha, ou se demarca.

2.CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL. O negócio jurídico bilateral, notadamente o contrato, resulta da entrada no mundo jurídico de vontade acorde dos figurantes, com a irradiação dos efeitos próprios. O

negócio jurídico bilateral de direito das coisas tem eficácia que se não pode confundir com a eficácia dos negócios jurídicos de direito das obrigações.

Essencial é que cada um dos figurantes *conheça* a manifestação de vontade, que o outro fêz. Não basta que as duas manifestações de vontade coincidam. É preciso que se *acordem.* Nem basta que se

acordem: é preciso que se produzam em circunstâncias tais que entrem no mundo jurídico (existam) e tenham validade (valham).

Diz-se, frequentemente, que uma das manifestações de vontade tem de ser anterior à outra *(principio da sucessividade),* de jzito que se teria de conhecer, sempre, quem ofertou e quem aceitou. Tal superposição necessária, no tempo, não é essencial. Para a afastarmos, sirva-nos o exemplo dos dois joalheiros, um da cidade A, e outro, da cidade B, que precisamente no mesmo minuto enviaram os seguintes telegramas: "Compro por p diamante com o tamanho tal e as qualidades tais; se o tem, fechado", "Vendo por p diamante com o tamanho tal e as qualidades tais; se o quer, fechado". Nas compras em balcão, ou diante de mostruários, raramente a casa oferece: quem procura o que quer é o freguês. Todavia, há casos em que a oferta é do caixeiro, sem o caráter de *invitatio ad offerendum,* e a instantaneidade pode dificultar a distinção entre a manifestação de oferta e a de aceitação.

Em todo caso, é de importância conceptual que se fale de oferta e de aceitação, por ser o *quod plerum que fit* a sucessividade das manifestações de vontade.

Nos negócios jurídicos bilaterais, há atribuição de algum bem da vida ao patrimônio do figurante ou dos figurantes do *outro* lado. Daí a essencialidade dos dois lados, mesmo em se tratando de contratos unilaterais, que são negócios jurídicos bilaterais (quanto a haver manifestações de vontade de dois lados) em que só um dos lados recebe prestação.

A bilateralidade, quando se fala de negócios jurídicos bilaterais, concerne às manifestações de vontade, que ficam, uma diante da outra, com a cola digamos assim . da concordância. Há uma corda só que prende, que vincula, as pessoas que estão nos dois lados. Mas há a bilateralidade da prestação, que é outro conceito: o negócio jurídico pode ser bilateral, e só haver *uma* prestação. São os acôrdos unilaterais (quanto A prestação, entenda-se) e os contratos bilaterais, de que é exemplo a doação.

Na expressão "negócios jurídicos plurilaterais", a plurilateralidade é das manifestações de vontade, que em verdade convergeni, em vez de se contraporem e comporem o negócio. As cordas são duas ou mais e prendem-se a um ponto, onde se situa o patrimônio comum.

a-.

§ 4.185. Conceito e natureza dos negócios jurídicos plurilaterais

1.CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO PLURILATERÂL . No negócio jurídico plurilateral, o que importa é não se tratar de figurantes frente a frente: os figurantes como que convergem para um ponto, ou acertam em caminhar juntos. Por isso mesmo, o negócio jurídico plurilateral pode ser de dois figurantes, o que mostra o sentido de plurilateralidade que se insinuou na doutrina. É o caso do contrato de sociedade feito só entre duas pessoas. Por outro lado, o contrato de sociedade entre duas pessoas é contrato em que outras pessoas podem vir a entrar, aumentando assim o número de figurantes, O que em verdade se passa é que os negócios jurídicos bilaterais não podem ter três ou mais lados (podem ter dois ou mais figurantes de cada lado), ao passo que os negócios jurídicos plurilaterais podem ter somente dois lados, muito embora seja mais frequente terem mais. Os figurantes, nos negócios jurídicos plurilaterais, podem ser muitos e pode crescer o número dêles, o que não ocorre nos negócios jurídicos bilaterais.

Nos negócios jurídicos plurilaterais, a comunhão de fim permite a composição com muitos figurantes, à diferença do que ocorre nos negócios jurídicos bilaterais que supõem a contraposição. O feixe de negócios jurídicos bilaterais paralelos pode compor negócio jurídico plurilateral.

Por vêzes, o contrato de jOgo é, nitidamente, negócio jurídico plurilateral.

Tem-se de afastar a *teoria dos dois negócios juridicos,* segundo a qual a sociedade se constitui mediante dois negócios jurídicos, o contrato entre os sócios e o ato unilateral diante dos terceiros. Seria confundir composição com eficácia. O que pode interessar ao jurista, no que concerne às sociedades, é a eficácia do negócio jurídico plurilateral, sem se poder cogitar, a respeito da composição, de terceiros. Também seria equivoca a *teoria da sociedade-fundação,* segundo a qual há ato de fundação em tOda constituIção de sociedade.

2.INVALIDADE DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DE UM DOS FIGURANTES. Nos contratos plurilaterais, as invalidades comcernentes à manifestação de vontade de um só dos figurantes não atingem todo o contrato, salvo se, atendidas a finalidade do contrato e as circunstâncias, se tem de considerar essencial a figura daquele que manifestou invàlidamente a vontade. A essencialidade é que importa e

sôbre ela sOmente pode responder o exame do negócio jurídico plurilateral que se concluiu. Se, por exemplo, a nulidade ou anulação se refere à manifestação de vontade de quem se ligou à sociedade para que se explorasse a sua invenção, ou outra propriedade industrial, artística ou intelectual, ou à manifestação de vontade de quem teria de entrar com o terreno para a plantação, ou com a mina, a decretação da nulidade ou da anulabilidade atinge todo o contrato.

Procurou-se ver aí o contágio da nulidade ou da anulação; porém a categoria jurídica não é bem essa. A saida do sócio, em virtude da eficácia da sentença que decretou a nulidade ou a anulação, tão-pouco importa *resolução* ou *resilição* do contrato, em vez de nulidade ou anulação pela contagiação (cf. G. G. AULETTÂ, *Ii Contratto di Societá cominerciale,* 260). Estabelece-se a *denunciabilidade* (Código Civil, arts. 1.408 e 1.899, II e III).

Quanto a ser *ex nuno,* ou *ex tuno,* a eficácia da denúncia, baseada em sentença que decretou a nulidade ou a anulação de uma das manifestações de vontade, não há resposta *a priori.* Se a sociedade funcionou, sem que se tenha de ir ao passado destruir o que se fêz, há *resilição,* e não *resolução.*

Por vêzes, o que o sócio recebe assemelha-se ao que recebem figurantes de negócios jurídicos bilaterais, porém, mesmo aí, não há identificação. O que o associado da emprêsa de mutualidade de seguro percebe provém da associação, e não dos outros associados Passa-se o mesmo com as mútuas de assistência hospitalar, de educação e de esporte, bem como com todos os clubes recreativos. Aí, o bem que se distribui, qualquer que seja o critério de distribuição, não é lucro, no sentido estrito, e foi isso que às vêzes perturbou os doutrinadores. O interêsse não consiste somente em dividendos, em moeda corrente; pode ser em serviços, em uso, em vantagens que a vida dos séculos passados já conhecia, ou que surgiram com os novos tempos. Nem todos os negócios jurídicos plurilaterais têm por fito negócios com terceiros, razão por que o fundo comum pode dar apenas serviços (uso dos salões do clube, dos botes, das pistas). A diferença entre *associação* e *sociedade,* em sentido estrito, pouco adiantaria aqui. Cf. Tomo 1, § 82. Nem se pode, *a priori,* dizer que os direitos de quem participa de sociedade tenham de ser essencialmente diferentes daqueles de quem participa de associação; *e. g.,* a associação somente presta serviços, e não interêsses pecuniários. Se a comunidade de fim que divide os lucros é sociedade, nem sempre a associação somente presta serviços.

De modo nenhum os negócios jurídicos plurilaterais têm de fazer

fundo comum que se ponha em contacto com terceiros, visivelmente, ou através de órgáos. Se os comerciantes A, B e C fazem contrato para a divisão dos lucros que cada um, tratando com a freguesia, tenha tido, há, evidentemente, negócio jurídico plurilateral.

a-.

Os negócios jurídicos plurilaterais são, de ordinário, *acessiveis* (abertos). Outros figurantes podem entrar nas relações jurídicas. De modo nenhum, é-lhes essencial a acessibilidade ou abertura. Não seria fácil a acessibilidade ou abertura nos negócios jurídicos bilaterais, mas isso não induz a dizer-se que seja peculiar aos negócios jurídicos plurilaterais. Também não é essencial que se dissolva com a retirada de algum dos figurantes: depende da lei, ou da vontade que se manifestou por ocasião do negócio jurídico plurilateral.

O negócio jurídico plurilateral, êsse, pode ser nulo ou anulável, como se todos os figurantes ou todos menos um são incapazes, ou se houve infração de regra jurídica sóbre forma, ou impossibilidade, ou se foi preterida alguma solenidade que a lei reputa essencial à sua validade, ou se a lei o considera nulo (Código Civil, art. 145). Ai, há desconstituíção *ex tunc*.

A denúncia pode ocorrer, como a resilição, se houve escoamento de atividade.

Nos negócios jurídicos plurilaterais, a permanência de pelo menos dois figurantes é essencial, como aliás ocorre com os negócios jurídicos bilaterais.

Nos negócios jurídicos bilaterais, o defeito da manifestação de vontade de um figurante atinge todo o negócio jurídico. Ficou, pelo menos, sem um lado. Nos negócios jurídicos plurilaterais, o interêsse na comunidade de fim pode estar acima da presença de algum dos figurantes: o lado cai, se chamamos lado à linha convergente, e o negócio jurídico fica de pé. Já G. *G.* AULETTA *(11 Contratio de Società commerciale,* 31 s.) e MÁRIO GHmINI *(Estinzione e Nullitã deile Societâ commerciale,* 132 s.) o haviam frisado. O assunto já fOra discutido e eslava assente na doutrina alemã, diante do § 139 do Código Civil alemão, a que corresponde o art. 153 do Código Civil brasileiro *(e. g.,* em 1897, *G.* PLANCK, *Búrgerliches Gesetzbuch, 1,* 191).

*0 que mais importa é saber-se se o fim pode ser atingido, o que somente se pode apurar judicialmente, em ação de *resolução* ou de *denúncia.* A resolução suporia, aí, não se ter iniciado a atividade social

(cf. JosEr EsSER, *Lehrbuch des Schuldrechts,* 401). A melhor solução é considerar-se que nunca se tem por certa a desaparição da *exequibilidade do fim.* Firmado o negócio jurídico bilateral, o registo tem de ser cancelado após o distrato pelos figurantes que restam, ou pela declaração de estar resolvido (o que supóe consenso dos restantes), ou em virtude de sentença após a denúncia. Se o fim continua realizável, só o distrato é meio próprio de dissolução da comunhão de fim.

Se o negócio jurídico plurilateral, tipicamente colabora„tivo, pode continuar, o art. 153 do Código Civil incide.

Tem-se de verificar se a comunhão de fim pode subsistir sem a participação de quem não entrou, verdadeiramente, ou foi afastado.

Tanto é errônea a opinião que afirma a contagiação da nulidade ou da anulação como aquela que transfere para o campo dos negócios jurídicos plurilaterais tôdas as regras jurídicas sObre impossibilidade superveniente da prestação referentes aos negócios jurídicos bilaterais ou aos contratos bilaterais.

A desconstituição, por nulidade ou anulação, da entrada de algum figurante, que aderiu ao negócio jurídico bilateral, não prejudica terceiros que tenham tratado com a pessoa jurídica. ou com o administrador do patrimônio comum (cf. A. GRAzI.xNí, *Societá per aziorti, 79).*

8. FINALIDADE COMUM E DENUNCIABILIDADE. A finalidade comum está à base dos contratos de sociedade. Não há a *prestação* e a *contraprestação.* Se houvesse contraprestação,teriam estado em contraposição os interêsses dos figurantes. Falta o elemento de intercâmbio. As prestações convergem,. concentram-se, fundem-se, para que se atinja o fim comum. O que cada figurante vai receber, para si, provém da sociedade, e não de cada sócio. As prestações saem de situação de com-sorte, de atuação comum, de patrimônio comum, ou, para a duração da sociedade, comunizado, rara isso, todos tiveram e têm o dever de prestar à sociedade; e cada figurante tem direito e pretensão a que os outros prestem o que prometeram. O que presta o prometido não contrapresta ao que já prestou, ou aos que já prestaram; presta ao fundo social, para que se possa chegar ao fim comum. A exigência de outro figurante prestar não é exigência de prestar ao titular da pretensão, mas sim de prestar à sociedade. Na verdade, pretensão de cada um a que preste *a todos,* ao patrimônio

social (cf.

HAUPT-REINHARDT, *Gesellsehaftsrecht,* 4Y ed. 81; A. TIUECK, *Gesellschaftsrecht,* **4**~a ed., 86; II.

LEHMANN, *Geseílschaftsrecht, 65;* HANS WURDINGE?, *Recht der Personalgesellschaftcn,* 47; diferente, PAUL RNOKE, *Das Recht der Cesellsehaft,* 33). A sociedade, como contrato, escapa a algumas regras jurídicas concernentes aos outros contratos, aos negócios jurídicos bilaterais. Não há sempre a *resolução* ou a *resilição* se uma das prestações se tornou impossível (cf. Código Civil, arts. 865, 866 e 869, 877 e 879, alínea **ia),** ou se algum dos figurantes deixa de cumprir a sua obrigação.

a-.

4.DISSOLUÇÃO DAS SOCIEDADES SEM PRAZO DETERMINADO.

Os arts. 1.399-1.404-1.406 e 1.408 do Código Civil disseram quais são os casos de dissolução, isto é, de desconstituícão das. sociedades.

§ 4.185. NEGÓCIOS JURÍDICOS PLURILATERAIS

(a)O primeiro caso é de *resolução* ou de *resiliçao* (art. 1.399, 1: "Pelo implemento da condição, a que foi subordinada a sua durabilidade, ou pelo vencimento do prazo estabelecido no contrato"; Código Comercial, ad.

835, 1: "Expirado o prazo ajustado de sua duração"). Aí, cogita-se de têrmo resolutivo ou de condição resolutiva.

(b) O segundo caso, concernente à impossibilidade superveniente atinente à própria atividade social (ad. 1.899, II:

"Pela extinção do capital social, ou seu desfalque em quantidade tamanha que o impossibilite de continuar".

Código Comercial, ad. 336, 1, relativo a sociedades com prazo: "Mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social, como nos casos de perda

inteira do capital social, ou dêste não ser suficiente"). Se há prazo determinado, a espécie é de *denúncia,* evidentemente, porque, no Código Civil, art. 1.408, se diz, com tOda a clareza:

"Quando a sociedade tiver duração prefixa, nenhum sócio lhe poderá exigir a dissolução antes de expirar o prazo social, se mão provar algum dos casos do art. 1.399, ns. 1 e IV",. *,LQuid juris,* se não há prazo de duração? No direito civil, CLÓVIS BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* V, 148) distinguia da extinção do capital social, que seria de pleno direito, o decréscimo, que dependeria de verificação. No direito comercial, não se mencio nou a perda ou o decréscimo como causa de extinção, se sem prazo a sociedade. A impossibilidade de obtenção do fim social é conceito mais vasto e abrange muitas espécies, duas das quais são o perecimento do capital social, ou a sua diminuição a ponto de ser insuficiente para se atingir o fim social. Desaparece, objetivamente, a base do negócio jurídico, mas é preciso que seja definitiva e manifesta a impossibilidade. Â missão da referência à impossibilidade superveniente de atingimento do fim social, em se tratando de sociedade sem prazo determinado, explica-se, no Código Comercial, art. 335, pelo fato de ser motivo para a dissolução pelo consenso dos sócios (ad.

335, inciso 3), ou por ato de um dêles (ad. 385, inciso 5). Se a sociedade foi personificada, é preciso que se cancele o registo. Há, portanto, tôda a conveniência em que, se não há consenso na *declaração* da extinção, se trate a espécie como de *denúncia cheia.* As leis, no considerarem *ex lege* a dissolução em casos como os do art.

1.399, II, do Código Civil, não toma-. ram o melhor caminho, porque algum sócio ou alguns sócios. podem não estar certos da inatingibilidade superveniente do fim social, pela falta ou insuficiência do capital social.

(c) O terceiro caso em verdade abrange o segundo e o terceiro, pois a extinção do capital social, ou o seu desfalque em quantidade tal que impossibilite a sociedade de continuar, é dependente da verificação de *inexeqUibilidade do fim social.* No art. 1.399, III, diz-se que a sociedade se dissolve "pela consecução do fim social, ou pela verificação da sua inexeqilibilidade". O fim social pode ser perene, ou esgotável. O art. 1.899, ~ **1**~a parte, refere-se a êsse. Atingido, falta *base do negócio> juridico.* Mas também aqui podem surgir divergências entre os sócios. Algum ou alguns podem crer que o fim social não se esgotou, ou, até, que é inesgotável. Sôbre base do negócio jurídico, Tomo XXV, §§ 8.048, 7, 3.054, 2, 3.059-3.074.

A *consecução do fim social* supõe a esgotabilidade do fim.

Se há *fins simultáneos* ou *fins consecutivos,* um ou alguns podem esgotar-se e outros não; um ou alguns tornar-se inexeqUíveis, e outros não. A inexeqUibilidade dissolutiva só se > refere ao *fim principal.*

(d) A *decretação de abertura da falência,* ou da *liquidação coativa,* ou a *decretação de abertura de concurso de credores civil,* a *incapacidade* ou a *morte de um dos socios* determina a extinção da sociedade (Código Civil, art.

1.399, IV:

"Pela falência, incapacidade, ou morte de um dos sócios"). O art. 1.399, IV, do Código Civil é *ins dispositivum.*

Bem assim,. o art. 335, incisos 2 e 4, do Código Comercial ("As sociedades reputam-se dissolvidas: 2. Por quebra da sociedade, ou de qualquer dos sócios. 4. Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem").

<e> Se algum dos socios quer retirar-se, isto é, renuncia a ser sócio. "Renúncia" é a expressão de que se serve o Código. Civil, art. 1.399, V: "Pela renúncia de qualquer dêles, se a sociedade fOr de prazo indeterminado".

Também essa regra jurídica é *ius dis-positivumn.* Aliás, há os arts. 1.404-1.406 também referentes à renúncia e à sua eficácia extintiva. Cf. Tomo XXV, §§ 8.081, 1, *2,* e 3.082, 1. O assunto é mais próprio do Titulo sôbre sociedades em geral. No Código Comercial,

art. 335, inciso V, diz-se: "Por vontade de um dos socios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado".

a-.

(f)O *distrato* também se refere aos negócios jurídicos plurilaterais. Negócio jurídico houve, plurilateral, e o concurso de todos o desfaz (Código Civil, art. 1.399, V: "Pelo consenso unânime dos associados"; Código Comercial, art. 335, inciso 3:

"Por mútuo consenso de todos os sócios").

De qualquer modo, a sociedade persiste em liquidação até que se ultime o que se iniciara e se liquidem os negócios ultimados (Código

Comercial, art. 335, alínea .R: “Em todos os casos deve continuar a sociedade, 2

sOmente para se ultimarem as negociações pendentes; procedendo-se à liquidação das ultimadas”).

A *continuação* da sociedade, a que se refere o art. 335. alínea □

2 a, do Código Comercial, é continuação da relação

jurídica contratual, e não ficção (cf. JOSEF ESSER, *West und Bedew. tung der Rechtsfiktionen,* 123 s.).

5. DISSOLUÇÃO DAS SOCIEDADES COM PRAZO DETERMINADO.

Se há prazo determinado, o fundamento da dissolução sOmente pode ser alegado em *denúncia cheia,* salvo se o caso é de expiração do prazo (Código Civil, art. 1.408: “Quando a sociedade tiver duração prefixa, nenhum sócio lhe poderá exigir a dissolução antes de expirar o prazo social, se não provar algum dos casos do art. 1.899, ns. 1 a IV”; Código Comercial, art. 886: “As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios: 1. Mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social, como nos casos de perda inteira do capital social, ou dêste não ser suficiente. 2. Por inabilidade de algum dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença. 8. Por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios”). A referência ao art. 1.899, 1, feita pelo art. 1.407 do Código Civil, não transforma a dissolução da sociedade, naqueles casos, o da condição resolutiva e o do prazo determinado, em dissolução dependente de denúncia, a despeito de, no art. 1.407, se aludir ao art. 1.399, 1.

Sem necessidade de denúncia, a sociedade, se há condição resolutiva, ou se há prazo determinado, extingue-se, como se extingue qualquer outro contrato.

Uma das conseqUências do art. 1.407 do Código Civil é a de, se há prazo determinado, ter-se de entender que a falência, a liquidação coativa ou o concurso de credores civil de um dos sócios não extingue a sociedade. O art.

1.399, IV, só se refere à falência, à liquidação coativa ou ao concurso de credores civil do sócio de sociedade sem prazo determinado. No

Código Comercial, não há tão clara posição do problema, mas tivemos de frisar que houve derrogação do ad. 335, inciso 2, □

2 a parte, do Código Comercial (Tomo XXVIII, § 3.356, 1).

Outras causas de extinção se podem prever nos negócios jurídicos plurilaterais, como se pode estabelecer que a falência, a abertura de concurso de credores civil ou a liquidação coativa não extinga a sociedade, ou que a saída do sócio não a atinja, ou que a sociedade continue somente com dois sócios ou mais.

6. DIREITOS, PRETENSõES E AÇõES EM CASO DE PLURILATERALIDADE DO CONTRATO. Nos negócios jurídicos plurilaterais, há possibilidade de mais de dois lados, o que não afasta poderem ser de dois lados só os figurantes. As correntes que insistiam em considerar a sociedade e outros negócios jurídicos plurilaterais como explicáveis com a composição bilateral foram definitivamente superadas. Nem seria de admitir-se a opinião que via nos negócios jurídicos plurilaterais negócios jurídicos complexos, nos quais há o contrato e o ato unilateral, em relação aos terceiros. Não se pode bilateralizar, no sentido estrito, o contrato social, por exemplo, mesmo se são somente dois os sócios, nem se negar ao negócio jurídico da sociedade ou outro semelhante o ser contrato.

Todos os figurantes dos negócios jurídicos plurilaterais são titulares de direitos, pretensões e ações, às vêzes de exceções; todos têm deveres, obrigações e situações subjetivas passivas em ações e exceções. Porém os direitos, pretensões, ações e exceções têm como sujeitos passivos *todos,* e não *cada um* dos sócios; e os deveres, obrigações e situações subjetivas passivas em ações e exceções são perante *todos,* e não perante *cada um.* Nos negócios jurídicos bilaterais, há dois lados, *opostos,* que são os do próprio negócio jurídico, ao passo que nos negócios jurídicos plurilaterais, mesmo se são somente dois os figurantes, o que se chama lado é linha que avança para o centro.

Nada obsta a que haja oferta e aceitação, oferta de A a ou de A a 8, C e O, mas 8, C e D ou aceitam, como se a oferta de A implicasse as de C e O, ou de B e D, ou de 13 e C, respectivamente, ou há oferta de A, E e O a D, que aceita, supondo-se que entre A, E e C já houvera oferta e aceitação. A composição mais freqUente é a composição simultânea, a ausência de qualquer sucessividade, salvo se, por exemplo, nas sociedades por ações, se tem de pensar em *adesão* por parte dos subscritores. assunto que versaremos no lugar adequado.

A comunhão de fim afasta que se pense em contraposição de interêsse. Nos negócios jurídicos bilaterais, há muito de individualismo. Os negócios jurídicos plurilaterais socializam, bem que "social" tenha, aí, sentido de **a-.**

comunidade de fim só entre os figurantes negociais. Nos negócios jurídicos plurilaterais, o elemento comum como que se superpõe às atividades dos figurantes. Há algo de ulterior, que distingue da atividade dos figurantes como pessoas a atividade social. Os negócios jurídicos bilaterais distribuem bens da vida; os negócios jurídicos plurilaterais aproximam pessoas que contribuem com bens da vida. Nos negócios jurídicos plurilaterais, não se procede como no tênis, nem se procede como em futebol, que tambem é jOgo bilateral, a despeito da pluralidade de jogadores de cada lado. Nos negócios jurídicos plurilaterais, os figurantes empurram a mesma pedra, cavam o mesmo valado, remam no mesmo barco. Cada um tem direitos e deveres e todos os têm.

7. PRAZO E DURAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PLURILATERAIS. Tanto em direito civil como em direito comercial, permite o sistema jurídico brasileiro os negócios jurídicos plurilaterais sem prazo (Código Civil, arts. 1.399, V, e 1.408; Código Comercial, ad. 335, V). Não há incompatibilidade entre contratos com adimplemento continuado e contratos sem prazo. Enquanto não se extinguem, ocorre a continuidade de adimplemento. O que importa é a comunhão de fim, que implica comunhão de bens da vida. Os próprios atos que incumbem a cada sócio, por mais diferentes que sejam, são, em sua função, iguais. Nem se pode dizer que a diferenciação pode ser quantitativa, e não qualitativa. A diferenciação pode ser quantitativa e qualitativa; não pode ser ao longo de um lado. O que um sócio faz, diferente do que o outro faz, insere-se na atividade social, como atividade social interna ou externa, sem se exigir que seja a mesma e da mesma intensidade.

Os direitos aos proventos, êsses, são da mesma natureza, devido à comunidade de fim, pôsto que possa haver diferenças quantitativas. Na própria troca, a diferenciação ressalta, razão por que o negócio jurídico é bilateral, e não plurilateral. Dá-se *a,* contra *lx* Na venda, há o que se vende e o preço. No mandato, mandatário e mandante não têm fim comum. Nos negócios jurídicos plurilaterais, não importa com que se contribuiu: tem-se de considerar o valor de cada quota. Pode A ter entrado com bem imóvel; B, com maquinaria; e C, com dinheiro ou trabalho.

Nos negócios jurídicos bilaterais, transfere-se a outrem um bem da vida, ou, em se tratando de contratos bilaterais, transferem-se bens da vida (propriedade, uso, usufruto, habitação) e cada um dos figurantes adquire.

Nos negócios jurídicos plurilaterais, não é isso o que ocorre: nenhum dos figurantes transfere ao outro; todos põem em comum aquilo com que concorreram, por mais diferentes que sejam as prestações. Daí, nos negócios jurídicos plurilaterais, poderem ser tipicamente distintos os *acórdos* que as entradas implicam (transmissão da propriedade imobiliária ou da propriedade mobiliária, corpórea ou incorpórea; constituIção de uso, usufruto, ou de algum direito real de garantia), com tOdas as conseqUências que possam resultar da incidência das regras jurídicas especiais, como as regras jurídicas sôbre *vicios ocultos* e *evicção.* Não se trata de *contratos mistos,* êrro em que muitos incorrem, mas de negócios jurídicos que se fazem necessários ao cumprimento das prestações de entradas. Cf. GINO DE GENNARO *(E Contratti misti,* 28). As transferências são ao patrimônio social, e não como acontece nos negócios jurídicos bilaterais ao patrimônio do outro figurante, ou dos figurantes do *outro* lado.

(Antes, *e. g.,* n. 3, falamos de prestação *a todos* e de pretensão *de todos.* Apenas quisemos aludir à pluralidade de interessados no *patrimônio especial.* Se o direito e a pretensão estão no patrimônio "comum", especial, não estão nos outros patrimônios; nesses, há os dirigidos contra o patrimônio especial. Por outro lado, tem-se de atender a que a personalidade, que a sociedade adquire, obsta a que, mesmo aproximadamente, se pense em direito ou pretensão *contra todos,* de prestação *a todos,* de pretensão *de todos.* À pessoa jurídica é que se dirigem os direitos, as pretensões, as ações e as exceções, e a todos. Quanto ás dívidas, obrigações, ações e exceções, são de cada um a favor da pessoa jurídica. Se há legitimação processual a favor de algum dos sócios, ou de alguns ou de todos, é outra questão.)

CAPÍTULO II

COMPOSIÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS E DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

PLURILATERAIS

§ 4.186. Composição dos negócios jurídicos bilaterais e dos negócios jurídicos plurilaterais 1.TRAÇOS CARACTERÍSTICOS. Os negócios jurídicos bilaterais e os negócios jurídicos plurilaterais nascem **a-.**

de concordâncias. Nenhum acOrdo ou concordância há nos negócios jurídicos unilaterais. Alguém, sozinho , se vincula, por ter manifestado vontade e por entrar o seu ato no mundo jurídico come ato jurídico negocial.

O hábito de observar-se a□ sucessividade das manifestações de vontade, nos negócios jurídicos bilaterais, levou a doutrina a só se preocupar com as *ofertas* e as *aceitações,* pôsto que, a propósito dos negócios jurídicos plurilaterais, tendesse a exigir-lhes simultaneidade. Transformava-se, aqui e ali, em essencialidade o que em verdade apenas é o que mais acontece.

2.ATITUDE DE MÉTODO. Na exposição dos fatos concernentes à composição dos negócios jurídicos bilaterais e dos negócios jurídicos plurilaterais, temos de tratar dos elementos como se fôssem sucessivos, porém a cada momento poremos ao vivo que tal sucessividade não é essencial aos negócios jurídicos bilaterais e que pode havê-la, também, nos negócios jurídicos plurilaterais.

Em terminologia mais exata melhor seria que não empregássemos o têrmo “plurilateral”, por estar em sentido que não aquêle com que se alude a negócio jurídico “bilateral”. Mas já está arraigada a expressão, para que seja fácil substituir-se.

O que importa é que se saiba que não se fala de “lado”, em “plurilateral”, como se fala de lado em “bilateral”.

A favor da expressão “negócio jurídico plurilateral” alegou-se que, mesmo se são só dois os figurantes, há a acessibilidade a outras pessoas (o que pode ter cláusula contrária no contrato). Argumento fragílimo e sem razão para se sustentar o emprêgo do adjetivo. O único que se poderia ter seria o de se chamar plurilateral o negócio jurídico que o *pode* ser. Aí, não se invocaria a eventualidade da entrada posterior de outros figurantes, o que só se refere à indeterminabilidade no tempo.

Na víspora (lOto), há feixe de contratos bilaterais. No pôquer e na roleta, há contrato plurilateral; ali, sem organizador não-jogador; aqui, com o emparelhão, olheiro, ou crupiê, como se adaptou o francês “croupier”, que organiza sem jogar.

Nos cartéis, nos acOrdos de bloco, em que se restringem as vendas de ações de sociedades, nos acOrdos sObre voto, sem designação de procurador comum, nas mútuas, há negócios jurídicos plurilaterais. Também há negócio jurídico plurilateral nos tratados internacionais plurilaterais de compensação (cf.F.FERRARA JUNIOR, *Lezioni di Diritto Commerciale,* 228) e nos tratados pluriestatais de uniformização de lei.

§ 4.187. Manifestações de vontade expressas

1. CONCEITO. Diz-se manifestação expressa de vontade a que se faz oralmente, ou por meio de sinais inteligíveis, dos quais os da escrita são os mais encontráveis.

A ciência do direito teve de aludir à expressividade *stricto sensu,* porque havia de explicitar que atos e até fatos poderiam ser tidos como manifestações de vontade. Com isso, não se sugeriu que entrassem no mundo jurídico vontades não manifestas:

o que se esclareceu foi que as "manifestações" mesmas podem ser *expressas,* ou *tácitas,* ou *pelo silêncio.*

Lê-se no Código Civil, art. 1.079: "A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa". Aqui, não se definiu *tacitude,* nem *expressão.* Apenas se pôs a regra jurídica de poder não ser expressa (no sentido estrito) a manifestação de vontade se alguma regra jurídica não *exigiu* que o fOsse.

"Tâcita" aí está em sentido amplo, que abrange a própria manifestação de vontade pelo silêncio. Convém que lembremos, aqui, o que, no seu tempo, inseriu TEIXEIRA DE FREITAS no *Esbôço,* art. 1.838: "A recíproca declaração do consentimento pode dar-se: *Expressa-mente,* por qualquer das formas indicadas no art. 447.

***Tâci**tamente,* por atos não acompanhados de palavras pronunciadas ou escritas (art. 448), como por *inação,* ou pelo *silêncio. Entre presentes,* isto é, entre partes que tratam em pessoa. *Entre ausentes,* por meio de *agentes,* qualquer que Seja a sua denominação; ou por *correspondência epistolar*".

É preciso que, a cada momento, se frise a diferença entre manifestar-se por *atos positivos* ou *negativos* e manifestar-se pelo *silêncio.*

2.LINGUAGEM E ExPRESSIVAMENTE . Salvo lei especial, em qualquer

língua se pode manifestar a vontade.

Por vêzes, o lugar do papel ou outro instrumento de recepção em que se apõe a assinatura, ou o sinête, basta para que se tenha por manifesta, aí expressamente, a vontade. É o caso do aval, do endOsso e de outros negócios jurídicos unilaterais. Porém há negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais em que basta assinar-se, ou, até, apor-se o sinête.

§ 4.188. Manifestações tácitas de vontade e manifestações de vontade pelo silêncio **a-.**

1.DUAS ESPÉCIES. As manifestações de vontade tácitas supõem ato que não se haja de considerar suficientemente expressivo. Nas palavras "expressa", "expressão", há dois sentidos: no sentido estrito, *ou* a manifestação de vontade é expressa, *ou* é tácita, *ou* pelo silêncio; no sentido largo, a tacitude e o silêncio são também expressões. Por isso mesmo, há tOda a conveniência em só se empregar, aqui, o sentido estrito, que é o do art. 1.079 do Código Civil.

2.MANIFESTAÇÕES TÁCITAS DA vONTADE. "A manifestação de vontade, nos contratos", diz o Código Civil, art. 1.079, "pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa". A regra jurídica refere-se a qualquer das manifestações de vontade, porém interessa mais à aceitação. Não precisa de palavras, nem de sinais compreensíveis. Pode ser tácita, isto é. pode ser por atos ou omissões que se hajam de interpretar, conforme as circunstâncias, como manifestação de vontade do oferente ou do aceitante, O comerciante que entrega o objeto, que não foi pedido, mas que lhe parece agradaria ao freguês, manifesta, tâcitamente, a vontade. Se o freguês tem conta na casa, ou goza de crédito, a saída com o objeto é aceitação.

Se houve oferta e aceitação, mas algum ponto ficou sem acOrdo, ou, a despeito de ter havido acOrdo, um dos figurantes se equivocou na manifestação de vontade sOmente sObre êsse ponto, o ter-se considerado concluído o negócio jurídico bilateral é que importa. Se era possível e foi possível dar-se por feito o negócio jurídico bilateral, não obstante a falha sObre o ponto não essencial, o dissenso foi oculto ("versteckter Vissens", *dissenso oculto,* cf.

Código Civil alemão, § 155>, vincularam-se os figurantes. À

interpretação do negócio jurídico, aí *interpretação integradora,* é que toca dizer o que se tem por assente. Pesam, para isso, as circunstâncias e os fins que tinham os figurantes, bem como, se é o caso, os *usos correntes.*

3. SILÊNCIO. O *silêncio,* o calar-se, pode compor manifestação de vontade. Se é de esperar-se resposta positiva, eventualmente negativa, mas, *in casu,* se há de considerar acorde o outro figurante, se nada responde, manifesta a vontade com a abstenção de qualquer expressão do consentimento. Basta, para que tal aconteça, que não haja, a respeito de tais negócios jurídicos bilaterais, necessidade de aceitação expressa, mesmo por algum fato positivo que se haja de interpretar como manifestação de vontade. Ou que o oferente, na oferta, ou em declarações sObre as suas ofertas, de que tenha de ter conhecimento o destinatário, haja dispensado a resposta por ato positivo. Aí, responde-se com o silêncio.

Em princípio, ninguém tem dever de responder à oferta que lhe chegue. De jeito que não se há de ter como aceitação o silêncio do destinatário.

Todavia, anteriores entendimentos, os usos do tráfico e as cláusulas especiais insertas na oferta podem preestabelecer que se tenha como aceita a oferta a que se seguiu inatividade, silêncio, do destinatário. Dai o art.

1.084 do Código Civil: “Se o negócio fOr daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”. A propósito do mandato, há a regra jurídica especial do art. 1.293.

As manifestações tácitas de vontade e as manifestações de vontade pelo silêncio submetem-se às mesmas regras jurídicas sObre *invalidade* (nulidade, anulabilidade) e *ineficácia* que concernem às manifestações expressas de vontade. São, também elas, receptícias.

A interpretação dos negócios jurídicos opera-se como a propósito das manifestações de vontade expressas. Se a lei apontou o significado que se há de atribuir ao silêncio, a inatividade tem o conteúdo que a lei lhe atribuiu. Não se trata apenas de espécie de manifestação de vontade; é a manifestação de vontade, tal como se previu na lei.

Então, não há falar-se de função que lhe confere o costume, ou resultou de cláusula da oferta. A lei criou significado típico, legal. Na regra jurídica, em tais casos, preestabelece-se que os pressupostos de

silêncio compõem o suporte fáctico da aceitação. Advirta-se, porém, que a regra jurídica pode ser cogente, ou apenas dispositiva, como se sOmente incide se na própria oferta não se disse o contrário.

Se ao comerciante, que cuida de negócio de outrem, chega oferta de alguém com quem está em contacto, tem de recusá-la sem demora, se não quer que o seu silêncio se tenha, *in casu,* por aceitação.

Se a lei considera o silêncio manifestação de vontade, em vez de espécie de manifestação de vontade, não há pensar-se em anulabilidade por êrro. Aí, não há interpretação de vontade; há manifestação de vontade tipicamente apontada pela lei. *Aliter,* quanto ao dolo e à violência (cf. HERMANN KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkekr,* 134 s.).

As manifestações de vontade pelo silêncio, como se prevêem no art. 1.084 do Código Civil, não são manifestações de vontade em atos. Reputa-se concluído o negócio jurídico bilateral. O silêncio é falta de ato. A tacitude, *stricto sensu,* supóe atos que se tenham como manifestantes de vontade (cf. Código Civil austríaco, §

a-.

864). O silêncio, não.

As regras jurídicas sôbre interpretação dos atos jurídicos não incidem (KARL LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* 75 s.).

§ 4.189. Oferta

1. CONCEITO. O que se chama *oferta* é a primeira manifestação de vontade, a que se há de seguir a *aceitação,* para que se conclua o negócio jurídico bilateral. Também se costuma chamar *proposta* à oferta e no Código Civil foi êsse nome o que se empregou.

À oferta ou sucede a *aceitação* pura e simples, que bilateraliza o negócio jurídico e vincula os figurantes, ou a *recusa,* ou a aceitação modificativa que não é, prOpriamente, aceitação, mas sim nova manifestação de vontade, outra *oferta,* no lugar da aceitação ou da recusa pura e simples, que se havia de esperar. O oferente passa à situação de destinatário da nova oferta e tem de aceitá-la, ou de recusá-la, ou, por sua vez, em lugar de proceder como destinatário, novamente oferecer. Nesse jOgo de tênis de ofertas, tem-se de chegar

ao ponto final: ou uma delas é aceita, totalmente, e pois não há pensar-se em nova oferta; ou há a recusa (nada feito).

Devemos evitar o nome de *oferta modificativa à* oferta que substituiu a aceitação, porque, em verdade, o que se passou passou, e não há modificação: há outra oferta. Também seria perturbador dizer-se *aceitação em parte,* ou *aceitação modificativa:* a oferta ou é aceita, totalmente, ou não é aceita. Por isso mesmo, pode ocorrer que a oferta de A consista em *abcd,* a resposta de B seja nova oferta *abe,* em vez da aceitação de *abcd.* Se A rechaça a nova oferta, que é a de B, e oferta *bcd,* a aceitação por parte de B não leva à conclusão do contrato de conteúdo *abtá,* porque, se há acOrdos sucessivos parciais, são fora do mundo jurídico e o contrato não se conclui. Todavia, pode ocorrer que se haja admitido *abe,* depois *d,* ou que se haja admitido *bc* e depois *d,* mas isso sOmente ocorre se houve consenso sObre essa elaboração por pontos contratuais, o que de modo nenhum se há de presumir.

Os figurantes só se vinculam quando a conclusão se opera e a conclusão tem de ser no tocante a pontos sObre os quais houve o acOrdo final, ou acOrdos parciais insubstituídos (= acôrdos parciais + acOrdo último que integra os acOrdos).

Se não houve acOrdo total, ou sôbre o conteúdo total de alguma das ofertas posteriores, não houve conclusão de negócio jurídico bilateral. Houve tentativas, que falharam: as negociações não entraram no mundo jurídico.

Todavia, pode ocorrer que se preestabeleça que à conclusão sObre os pontos *aba* se seguirão punctaçóes, para que se ponha *de,* ou *df,* ou *dg,* ou 4, ou fg, ou *eg,* ou *defi,* ou *defg,* ou nada se ponha. De qualquer modo, *aba* foi objeto de acOrdo: houve *negócio jurídico bilateral* (ou *plurilateral) de mínimo.*

Também é possível o negócio jurídico de mínimo, seguido de outro, a que outro ou outros sucedam: *aba;* depois, *de,* ou *dl;* depois, *abade* ou *abcdf.*

2. FUNÇÃO DA OFERTA. A oferta, com a sua característica temporal, que é a de ser anterior à aceitação, dá a conhecer o que seria o conteúdo do negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Quem oferece nada supóe que tivesse antecedido à manifestação de vontade que lança a determinada pessoa, a determinadas pessoas, ou ao público. Isso não quer dizer que não a tenha precedido ato jurídico *etricto sensu,* mas êsse ato juridico *siriato sensu* por exemplo, a invitação a

oferecer de modo nenhum se junta, se cola, se prende à oferta.

A função da oferta é suscitar a composição do negócio jurídico bilateral. Suscitamento, êsse, que pode não ter a importância ordinária, como se as duas manifestações de vontade foram duas ofertas simultâneas que coincidiram em todo o seu conteúdo e, assim, se descobriram da sua função temporal característica.

§ 4.190. Aceitação

1. ESPÉCIES. A aceitação pode ser expressa, tácita, ou pelo silêncio. Já frisamos que a distinção entre oferta e aceitação supõe a sucessividade das duas manifestações de vontade, o que nem sempre é discernível, e pode mesmo não se dar. A aceitação expressa ou se refere ao todo, ou a cada um dos pontos da oferta. Se se repele algum dos pontos da oferta <salvo se havia alternatividade de cláusulas, a líbito do destinatário), aceitação não há.

O que há é nova oferta. O art. 1.0831 do Código Civil é explícito: “A aceitação” teríamos de por a palavra entre aspas “fora do prazo, com adições, restrições ou modificações, importará nova proposta”.

(~ preciso que se não confunda a *aceitação,* que é integra tiva do negócio jurídico bilateral, com o *aceite,* que se apóe em títulos de saque, mera manifestação unilateral de vontade. Por ela, o dador do aceite vincula-se, como qualquer manifestante unilateral de vontade.)

2. ACEITAÇÃO EXPRESSA. A aceitação expressa supõe emprêgo de palavras ou de sinais que a exprimam.

a-.

Não é preciso que contenha referências a cada ponto da oferta. Basta a resposta: “Aceito”. Se há conveniência, pode o destinatário copiar todos os pontos da oferta e a respeito de cada um exprimir a aceitação, que, mesmo assim, é global.

8.ACEITAÇÃO TÁCITA. Diz-se tácita, em contraposição à manifestação expressa de vontade e à manifestação de vontade pelo silêncio, a manifestação de vontade que se compõe com atos, positivos ou negativos, que não sejam por palavras ou sinais compreensíveis. Há também sentido largo de tacitude, segundo o qual tácita também é a

aceitação pelo silêncio, mas teríamos a cada passo de entrar na apreciação do sentido em que se empregou.

4. ACEITAÇÃO PELO SILÊNCIO. O silêncio, quer a lei lhe dê suficiência para o suporte fáctico, quer apenas êle se substitua à manifestação expressa ou tácita da vontade, integra o negócio jurídico bilateral. Tem-se querido negar a manifestação de vontade que pode consistir em silêncio. Com isso, estabelecida ficaria inevitável contradição: o negócio jurídico seria bilateral, mas faltaria um dos lados. A fantasia das condutas socialmente típicas e dos elementos fácticos, em vez de atos, nos negócios jurídicos, levou até isso. O que se tem de cuidar é de não se confundir a manifestação de vontade pelo silêncio com a manifestação tácita de vontade e, quanto àquelas, discriminar-se o que a lei considera manifestação de vontade pelo silêncio, embora tenha havido vontade contrária, e a manifestação de vontade pelo silêncio, que contém a indicação dessa vontade que pode ser *deficiente,* por exemplo, por dolo ou por violência.

O silêncio tem-se, em princípio, como *recusa.* Nada se disse; portanto, não interessa a oferta.

Para que o silêncio seja manifestação de vontade, é preciso que haja dever de manifestar-se para que o silêncio não seja manifestação de vontade.

Nos acórdãos da **3~a** Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 21 de outubro e a 25 de novembro de 1954, há confusão entre manifestação de vontade tácita *(e. g.,* comêço de execução do contrato) e manifestação de vontade pelo silêncio. Se não se trata de silêncio que se enquadre no art. 1.084 do Código Civil, o calar-se apenas é um dos elementos de fato para se saber se houve manifestação de vontade tácita (l.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de julho de 1940, *1?. dos T.,* 129, 642).

§ 4.191. Contratos de massa e contratos de adesão

1. PRECISÕES PRELIMINARES. Alguns negócios jurídicos bilaterais podem resultar de *atitude* ou de *ato* que signifique manifestação de vontade do agente ou de outrem. As figuras mais freqúentes são a das estradas de ferro, a dos Onibus ou dos bondes, a das barcas e a dos outros transportes públicos.

O problema é assaz complexo e temos de evitar soluções apressadas

que forcem à homogeneidade de construção o que é heterogêneo.

a)A concepção mais encontrável é a que considera o contrato de transporte como *oferta ao público,* de modo que, em todos os casos, quem dêle se utiliza *aceita.*

b) Outra opinião é a dos que entendem que a utilização do transporte serviço ao público não é aceitação. Quem entra no trem, ou no Onibus, ou no bonde, ou na barca, fica sujeito a pagar o preço do transporte, sem se poder indagar se essa foi a sua vontade, se tem capacidade civil e se houve, ou não, defeito de vontade, se conhece, ou não, a tarifa.

Tentou-se chamar a tais relações jurídicas (o problema estava, aliás, em se achar o *nome* para o fato jurídico, e não para o seu efeito) "relações contratuais fácticas" (O. HAUPT,

tiber faictisefle TJertragsverMltnisse, 1 s.), porém seria não se atender a que as relações contratuais, como quaisquer relações jurídicas, são necessàriamente relações jurídicas, e relaçõea fácticas seriam as que não entraram no mundo jurídico.

c) Outra atitude há de ser a de quem se abstenha de afirmações gerais e prefira analisar os fatos. Os negócios jurídicos que resultam de atos da vida em público podem ser de *tipicidade trá fica,* tal como ocorre com as compras-e-vendas em público (o louco e o menor de dezesseis anos podem comprar sanduíches, pastéis, sorvetes, calçados). A vida de relação procede a certa abstratização dos figurantes dos negócios jurídicos em que há o contacto com o *alter,* ou com o freguês, e dos figurantes dos contratos de transporte. A concepção do tráfico recebe alguns atos humanos como se fOssem manifestações de vontade. A construção não pode ser, *sempre,* a de oferta, pelo que expõe, e aceitação, pelo que compra, ou pelo que toma o Onibus, a barca, ou o bonde.

O Estado permitiu contratos de *tipicidede subjetiva,* o que levou KARL LARENZ (Die Begrúndung von Schuldverhãltnissen durch sozialtypisches Verhalten, *Neue Juristisch.e Wochenschnft,* 56, 1897) a falar de relações jurídicas obrigacionais por procedimento social-típico, depois de G. HAUPT *(tYber faictisofle* **a-.**

Vertragsverhiiltnisse, 1 s.) ter cogitado de relações contratuais fácticas. Assiste-se a mergulhos em niilismo dogmático, a críticas à concepção individualística dos negócios jurídicos, e ao surgimento brusco da *teoria dos dois níveis* (Zwei-Ebenen-Theorie), isto é, da teoria da igual

relevância do suporte fáctico com fato e do suporte fáctico com manifestação de vontade (G. RAUPT, *tiber faktische Vertragsverhãitnisse,* 1 s. e 28; WOLPGANG

SIEBERT,

Falctische

Vertraqsverhãltnisse,

1

5.;

contra,

REINRICE

LEI-IMANN,

Faktische

Vertragsverhãltnisse, na *2*"*agung der Zivilrechtslebrer* a 9 e 10 de outubro de 1957). Não basta frisar-se que se precisa de atenuar a ortodoxia do princípio da manifestação da vontade *(e.* g., 1tunoIF REINHARDT, fie Vereinigung subjetiver und objelitiver Gestaltungskrãfte im Vertrage, *Festschrift zum 70. Geburtstag vom* WÂLTER SCHMIDT-RIMPLER, 115 s.), nem discorrer-se sôbre a necessidade de se adaptar o direito à realidade *(e. g.,* SPmos SIMíns, *Pie falctischen Vertragsverhaltnisse,* 5 e 84).

Para alguns juristas, quando algum fato, que êles têm de explicar, não se ajusta aos moldes didáticos, logo se apresenta a solução de misturar as pedras do jôgo para começar nova partida. A livre disponibilidade do espírito é pressuposto necessário de tOdas as ciências. Mas só se há de destruir onde a destruição se impõe, para se substituir ao êrro anterior a verdade.

A assimilação do problema do contrato de massa e do contrato de adesão ao da sociedade de fato também é de repelir-se.

A afirmação de o moderno tráfico em massa implicar que se assumam deveres e obrigações, sem que se tenha querido manifestar vontade, é falsa. O sistema jurídico, além de conhecer as manifestações tácitas de vontade, conhece as manifestações pelo silêncio e as que resultam de atos alheios se para êsses atos concorreu a ação ou a omissão de

alguém. Quem puxa a peça do automático para que caia o que se quer adquirir, ou quem ordena que outrem o faça, ou quem deixou que o fizesse o louco de que é curador, ou até o animal ensinado, manifestou vontade. Quem toma o trem conta com o horário, a tarifa e as seguranças que o Estado exigiu. Não se pode dizer que o ato de entrar no Onibus, ou no bonde, ou de se ter de pagar o preço não seja manifestação de vontade. O que sa passa é que quase todo o conteúdo da manifestação de vontade *já estava preestabelecido,* e não se pode deixar de ver na vinculação ou no direito a ser transportado eficácia de negócio jurídico típico. A manifestação de vontade supõe autonomia da vontade, auto-regramento, mas o que se considera autonomia não é sempre o mesmo. Além das exigências de forma, bá as exigências de conteúdo e às vêzes a predeterminação de quase todo o conteúdo. Não se pode negar o que há de ato autônomo no gesto de quem põe a moeda no orifício do aparelho telefônico para conseguir a ligação. Não se pode negar o que há de ato autônomo no entrar no ônibus que passa, na barca que está encostada ao cais, no ascensor que leva à rua da cidade alta, no pôr a moeda na banca de jornais e tirar o jornal que se quer.

Certamente, se o Estado contratou com alguma emprêsa a imunização do gado, gratuitamente para os fazendeiros, abrir a porteira dos currais não é aceitar oferta. Também não o é abrir a porta da casa para que se proceda a desinfecção. Aqui e ali há exercício de direito que o Estado outorgou aos habitantes da região.

Tão-pouco se poderia ter por aceitação de oferta o uso do banco do jardim público, ou da piscina para cuja entrada só se exige a exibição do atestado de saúde.

2. INVITAÇÓES À OFERTA E OFERTAS AO PÚBLICO. Há *znvitationes ad oflerendum* e há ofertas ao público, conforme es elementos de cada espécie.

Primeiramente, tem-se de ter em consideração que sempre houve negócios jurídicos entre A e desconhecidos, com a abstratização do figurante. Depois, o Estado teve de regrar o convívio humano, devido ao crescimento das populações, às emprêsas técnicas e à impossibilidade mesma de se *identificar* cada um dos figurantes. O direito público intrometeu-se e estabeleceu os contratos de exploração de serviços ao público, em que não se deu importância ao ato humano como suscetível de *deficiência* (nulidade, anulabilidade). Em vez disso, considerou o ato humano como *suficiente* e *sem deficiência*

Poder-se-ia pretender que o ato humano, por parte de quem toma o trem, ou de quem sobe no bonde, ou no ônibus, ou na barca, ou na balsa, entra no mundo jurídico como ato-fato humano, e assim não há negócio jurídico. Mas tal explicação e de refugar-se. Quem foi no trem, no bonde, no ônibus, na barca, ou na balsa, *negociou.* O direito tem tal ato como ato humano, que é, embora o repute não suscetível de se lhe investigar a deficiência. O que surpreende é que o louco e o menor de dezesseis anos possam negociar. Ora, o direito público teve de atender a que o louco e o menor de dezesseis anos precisam de transporte como as outras pessoas. Entre vedar-lhes a utilização dos transportes e considerá-los com o consentimento dos pais, tutôres ou curadores, ou do Estado, se os não tem, o direito preferiu o segundo caminho.

a-.

O direito costumeiro ou o direito escrito revela que se pos em primeiro plano a necessidade de que *todos* se utilizassem das invitações a negociar ou aceitassem as ofertas. Já se fizera a invitação a todos, ou a todos se fizera a oferta: o ato humano é oferta tácita ou aceitação tácita.

Dir-se-á que é impossível dar-se tal explicação se o transporte é para *animais* domesticados e ensinados que, ao abrir-se a porta do lugar em que se guardam, sobem aos carros. Ai, tudo se passa com o dono dos animais. Tem-se o animal como levado pelos donos, embora ausentes êsses.

O cartão, o bilhete, a ficha, ou outro recibo *sem nome* é expressão de que se abstraiu do apresentante, de jeito- que não se pode pensar em invocação de regras jurídicas sôbre incapacidade e invalidade por êrro de pessoa ou por dolo. A violência e o dolo ou o próprio êrro só seriam matéria para discussão da posse. O cartão é para alguém dentre *todos.* Não se diga que o princípio da manifestação da vontade está, aí, eliminado, por superação da época do liberalismo. Sempre existiram títulos de legitimação e títulos ao portador para assuntos de contactos.

Seria desacertado interpretar-se a situação fáctica como manifestação de vontade, de modo que a manifestação de vontade também pudesse existir sem vontade (!) e valer como defeito de vontade, apagando-se, assim, a diferença entre manifestação de vontade, expressa ou tácita, e situação fáctica. Tão--pouco seria de acolher-se a volta, com extensão, à doutrina pandectária dos chamados quase-contratos. Tudo isso seria

extracientífico, como proscrever-se, abertamente, a necessidade de manifestação de vontade, que bilateralize o negócio jurídico, tendo-se por bastante a relação social fáctica. Surgiriam problemas que obrigariam a revisão de quase tôda a doutrina juridica, como a das incapacidades e das outras invalidades por defeito de vontade.

O“contacto social” é elemento necessário em muitos contratos, porém é preciso que não se confunda com a manifestação de vontade, expressa ou tácita, que faria bilateral o negócio jurídico, o ato de alguém, que entra no mundo jurídico somente como ato-fato jurídico. Já a doutrina se libertara das teorias do *animus* na posse e já assentara ser ato-fato jurídico o pagamento. Não poderia enfurnar-se em concepção que visse vontade, e vontade vàlidamente manifestada, no ato do louco que entra no bonde, ou no ônibus, ou no trem, ou na barca, ~ou na balsa, ou que adquire o sorvete, ou as balas, ou o sanduíche, ou que põe a moeda no automático e talvez nem apanhe o que a máquina lhe põe à disposição.

O fato de alguns contratos perfazerem-se conforme fórmulas rígidas e tarifas não lhes retira a bilateralidade das manifestações de vontade, mesmo quando a lei estabelece a coerção ou constrição a contratar *(Kontralcierungszwanq).* O que se diminuiu, ou se reduziu a quase nada, foi o laço consensualístico (cf.

JOIIANNES BXIMANN, *Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinvorsorge,* 86), mas, onde o Estado procedeu a tal diminuição ou quase-extinção, deixou a *sua* manifestação de vontade, na função, que o bem público lhe exigiu, de cogitar de “todos”. O que houve, por mais intensa que tenha sido a substituição subjetiva, foi incursão na autonomia da vontade, foi alteração no princípio do auto-regramento da vontade. Não, porém, eliminação.

~4.192. Resultados científicos

1.BILATERALIDADE, OONSTRUÇÃO JURÍDICA E OFERTAS TACITAS. Os *contratos de massa* supõem a *invitatio* e a oferta, com a prestação imediata (contrato à vista), de modo que se abstrai da capacidade de quem oferta e presta. O menor de dezesseis anos que comprou o livro de histórias comprou bem: não há nulidade na sua manifestação de vontade, porque a ordem jurídica supóe que alguém que deu o dinheiro queria que o menor incapaz quisesse; portanto, alguém quis.

2.BILATERALIDADE E ACEITAÇõES TÁCITAS. Os *contratos de adesão*

supõem oferta e complemento da aceitação pelos membros do público, um de cada vez. A oferta é a todos que satisfaçam os pressupostos. Não há promessa ao público; há oferta ao público. Assim, há muito nas ofertas ao público, que se parece com a promessa ao público, mas, ali, há bilateralidade, o que, aqui, não existe, nem poderia existir.

O público aceita, em cada caso, o que foi *oferta* a todos, e não a *unus ex publico.* O ponto que fêz verdadeiro alarma na. doutrina foi o de poder a criança "aceitar", poder "aceitar" o louco, ou o surdo-mudo que não pode exprimir a vontade. Ora, se a oferta foi dirigida ao público, quem aceita não é a criança, ou o louco, ou o surdo-mudo que não pode exprimir a sua vontade. Ou a criança tem pai ou mãe, titular do pátrio poder, ou tutor, ou curador, e êsse a deixou em situação de praticar o ato, que entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico, ou não tem pai ou mãe, nem tutor, ou curador, e o serviço ao público ou a oferta ao público que supóe concessão, ou licença, ou permissão implica que o Estado permitiu,. por necessidade pública, ou por negligência, que a criança entre nos bondes, nos ônibus, nos trens, nas barcas, ou nas balsas.

- Ou o louco tem curador, ou não o tem: se o tem, ao curador é que se há de atribuir a aceitação tácita, porque a Me **a-.**

cabia permitir, ou não, o ato do louco, que entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico. Passa-se o mesmo com o surdo-mudo que não pode exprimir a sua vontade. Se ao louco ou ao surdo-

-mudo que não pode exprimir a vontade falta curador, a entrada dêle no bonde, no ônibus, no trem, na barca, ou na balsa, foi resultante de o Estado, que tinha o dever de velar por Me, deixar de cuidar de dar curador e de ter concedido, licenciado ou permitido o serviço ao público, ou a oferta ao público.

O que acima dissemos só se refere a transportes. Mas há outras ofertas ao público, e outras *invitationes ad offerendum.*

O Estado consente em que elas se façam. O louco que entra na confeitaria, ou no bar, e compra o sanduíche, ou algum objeto. procede como se o curador ou o Estado o tivesse permitido. A. confeitaria ou o bar invita às compras. O ato do louco é ato de alguém que faz parte da população, mas ato que o curador, ou, se curador não há, o Estado *deixou* que praticasse. O ato do louco entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico. O negócio jurídico bilateral perfez-se como se perfaria entre o comerciante e o gestor de negócios alheios,

ou o núncio, de alguém.

A luta doutrinária que se travou, recentemente, no direito alemão, não tinha razão de ser. Ninguém pode rejeitar a afirmação de que os negócios jurídicos de compra-e-venda à vista, que a governante da casa, ou qualquer empregado, faz, no armazém, ou na drogaria, ou na peixaria, ou no açougue, sejam entre o mercador e o dono da casa, sem que seja preciso que aquêle saiba quem é. Se foi o louco que foi comprar, ou a criança, o que ocorre, juridicamente, é o mesmo. Há os atos--fatos jurídicos da governante da casa, ou do empregado, ou do louco, ou da criança, e a manifestação de vontade expressa ou tácita, não importa (cf. Código Civil, art. 1.079) do dono da casa, ou do curador do louco, ou do titular do pátrio poder, tutor ou curador da criança.

O chimpanzé adestrado que move máquinas, ou empurra carros, ou outro antropóide de que se haja servido alguma emprêsa ou trabalha para a emprêsa a que pertence, ou para outrem, que seja o dono dêle. Os atos de movimentação são atos de animal (não humanos) que entram no mundo jurídico como atos-fatos, tendo sido o consentimento da emprêsa utilização do seu patrimônio, ou manifestação de vontade do dono para o contrato de locação.

a". CARACTERIZAÇÀO DAS DUAS ESPÉCIES. As invitações A massa e as ofertas ao público atendem à vida contemporânea, sem que possamos negar que nas feiras antigas, por tôdas as partes do mundo, não tenha havido compras por pessoas desconhecidas, navegadores que passam, cavaleiros que tomam nos salões os seus alimentos, estrangeiros ou alienígenas que precisam de arreios ou de bebida.

O contrato de massa, ou com a massa, não é decorrente de oferta ao público; é precedido de invitação ao público.

O contrato de adesão é decorrente de oferta ao público, e cada pessoa, que adere, aceita.

4.CRÉDITO, PRETENSÃO E AÇÃO . O crédito é direito a que o devedor preste. Não é direito sôbre o objeto da prestação. Afirmar-se que há direito de propriedade relativo, perante o credor, é êrro que se não justifica em escritores como HANS KARL NIPPERDEY (em L. ENNECCERUS, *Lehrbuch,* ~, 14Y recomp., 301, nota 13) e G. DULCKEIT *(fie Verdingiichung obligatorischer Reckte,* 58 si.

É certo que os sistemas jurídicos têm de cuidar da proteção do crédito,

da pretensão e das ações que dêle se irradiam, de modo que se chegue a bom têrmo e seja realidade o que se espera. Daí as regras jurídicas sôbre mora, sôbre a proponibilidade de ações cautelares, em determinadas circunstâncias, da ação de condenação, ou da ação condenatória-executiva (executividade dos títulos extrajudiciais). Uma vez que passou ao Estado o monopólio da justiça, a técnica jurídica teve de esmerar-se na concepção da *tutela jurídica,* a partir da própria pretensão a essa tutela. Os créditos sem pretensão e ação e os créditos sem ação dificilmente aparecem.

O pedido do credor é pedido de que se preste aquilo que foi prometido. Se não se presta, ou se não se pode prestar, cabe a indenização, ressalvado que, se apenas o devedor não quer prestar, mas pode prestar, a medida executiva é recaivel no bem ou nos bens que foram prometidos. Nem sempre foi assim. No direito romano até a época pós-clássica, a condenação em caso de obrigação de prestar coisas, era somente a prestar a indenização em dinheiro. No direito germânico, ao inadimplemento correspondia a pena de reparação (cf. R. SCHRõDER, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgesch4chte,* □

6 a ed., 67; L. MITrrns, *Deutsches Privatrecht,* 104).

Para que alguém seja devedor a outrem é preciso de regra que seja figurante de negócio jurídico, unilateral ou bilateral. Há, porém, dividas que se irradiam de outros fatos jurídicos, sejam de fatos jurídicos *stricto sensu,* lícitos ou ilícitos, sejam de atos-fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, sejam de atos jurídicos *atricto sensu.*

Já nos referimos, nos Tomos XXXI-XXXVTI, aos negócios jurídicos unilaterais. Aqui, só nos interessam os negócios juridicos bilaterais e plurilaterais.

5.SUCESSIvIDADE E SIMULTANEIDADE DAS MANIFESTAÇÕES DE VONTADE. Ou as duas manifestações se fazem sucessiva-mente e cabe distinguir-se da primeira, a que se chama *oferta,* a segunda, que **a-.**

se diz *aceita ção;* ou as duas manifestações são de tão perfeita simultaneidade que se não pode afirmar qual foi a oferta e qual foi a aceitação. O negócio jurídico bilateral não deixa de ser contrato, ou, em geral, acôrdo, pelo fato de ter havido a simultaneidade, a que aludimos.

O que acima dissemos não é peculiar ao Direito das Obrigações. Também no Direito das Coisas há *acôrdos* em que se observa a sucessividade das manifestações de vontade e *acOrdos* em que não se

percebe, ou não há, a sucessividade.

6. CAMPO TÍPICO PARA O DIREITO DAS OBRICAÇOES . Mediante o contrato que é o negócio jurídico bilateral que mais nos vai interessar neste e nos tomos que se vão seguir um dos figurantes, pelo menos, se vincula a cumprir determinada prestacão, de modo que não é necessário que desde logo se altere a distribuição dos bens.

Algo saiu da esfera jurídica de A para a esfera jurídica de B, mas foi o ter-se A vinculado a B, o ter A assumido a dívida e a obrigação, ou, por enquanto, só a dívida.

Mesmo quando o devedor *imediatamente* ou *simultaneamente* cumpre o que poderia ter deixado para depois, ou quando a lei exige que isso ocorra quanto a uma das prestações (contratos reais), é preciso que se separe do negócio jurídico bilateral de direito das obrigações o acôrdo de direito das coisas e, a *fortiori,* o que é de mister para que se tenha como adimplido o acôrdo.

Nas *compras-e-vendas de contado,* isto é, à vista e com a entrega do que se vendeu, há o negócio jurídico da compra-e--venda, a tradição do bem vendido e a do preço. O adimplemento pela tradição do bem vendido e o adimplemento pela tradição do preço só conceptualmente são adimplemento, devido à simultaneidade. Em todo o caso, convém, aqui, que se repila, mais uma vez, a errônia daqueles que vêem no adimplemento, quer pela entrega do objeto quer pela entrega do preço, negócio jurídico de disposição. O que há é ato-fato jurídico. Para o efeito da aquisição da propriedade pelo credor é que se faz necessário o *acOrdo de transmissão* ou o simples *negócio jurídico unilateral de disposição.*

§ 4.193. Princípio do auto-regramento da vontade, dito princípio da autonomia 1.A CHAMADA LIBERDADE CONTRATUAL E SEUS LIMITES.

Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não se poderia falar de personalidade. No que a manifestação de vontade, inclusive por ato que não seja simples expressão do querer, não ofende interêsses de outrem, ou interêsses gerais, tem o ser humano, a pessoa, liberdade de fazer, de não fazer, de falar e de não falar. Onde atinge interêsse alheio, a que cause dano, é preciso ou que o *alter* acorde ou concorde com o que se passa ou se vai passar, ou tem o atuante de indenizar. Já aí está limite necessário ao auto-regramento da vontade. Acontece, porém, que há *interésses*

gerais, que se revelam em exigências costuíneiras do tráfico ou em regras jurídicas escritas ou reveláveis pelos intérpretes das leis.

Nos negócios jurídicos bilaterais e nos negócios jurídicos plurilaterais, o acôrdo ou a concordância pode atender a conveniência dos figurantes, mas ferir interêsses gerais.

O direito tinha de considerar vinculadas as pessoas que se inseriram, como figurantes, em negócio jurídico bilateral ou plurilateral, tendo, porém, de investigar se houve, ou não, ofensa a interêsses gerais ou a interêsses de outrem.

2.LIBERDADE DE CONCLUSÃO E LIBERDADE DE DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO DO NEGóCIO

JURíDICO BILATERAL E PLURILATERAL. O auto-regramento da vontade concerne à simples conclusão do negócio jurídico bilateral ou plurilateral e à fixação do conteúdo dêsse. Somente pode determinar conteúdo de negócio jurídico bilateral quem o pode concluir. As leis cogitam da *liberdade de conclusão,* no sentido de ninguém poder ser constrangido a concluir contrato, ou outro negócio jurídico bilateral, mesmo se só se refere a negócio jurídico com determinada pessoa, salvo se a própria pessoa se vinculou a isso *(e. q.,* prometeu concluir contrato pré-contratou). Mas há *deveres morais* que se refletem na ordem jurídica (= que se juridicizam), como ocorre com os médicos ou com os advogados, se o indigente precisa de socorro ou de defensor; e há *interêsses gerais,* que impõem a *conclusão coativa* (Kontrahierungszwang), como se passa com os concessionários de serviços ao público, e nos casos de economia dirigida ou controlada.

O auto-regramento da vontade, a chamada autonomia da vontade, é que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com o seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum,* que a vincule. Nos negócios jurídicos à vista, o que confunde os menos expertos é que tudo se passa tão râpidamente, tão instantâneamente, que não fica trato de tempo em que existam a divida e o crédito; *a fortiori,* obrigação.

Não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é **a-.**

alusão ao que se pode *querer* dentro dêsses limites.

§ 4.198. PRINCIPIO DO AUTO-REGRAMENTO

Os homens são adstritos à vida em contactos rápidos, dos quais resultam ou que resultam de negócios jurídicos necessários à alimentação, ao transporte e a outras necessidades da existência. Não seria possível que se exigisse forma especial para cada ato e o serem expressas tôdas as manifestaçÕes de vontade.

3.LIBERDADE DE CONCLUSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL OU DO NEGÓCIO JURÍI)IOo PLURILATERAL E LIMITES OU EXCEÇÕES AO PRINCIPIO. Em principio, tôdas as pessoas são livres para concluir ou deixar de concluir negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais. Todavia, aparecem três classes de limitaçÕes à liberdade de conclusão, ou de exceçÕes ao princípio de auto-regramento da vontade, no tocante à conclusão dos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais.

(a) As *empresas de serviços ao público* e os *serviços estatais ao público* ficam em posição de não poderem rechaçar ofertas de contrato, ou de terem, por lei, de fazer ofertas ao público. As emprêsas não podem dizer que não aceitam, nem, tão-pouco, dizer que não recebem, ou que recebem e recusam ofertas que lhes faça determinada pessoa, ou que lhes façam determinadas pessoas.

Se a emprêsa por exemplo, a de fornecimento de gás. ou de eletricidade, ou de telegrafia se nega a *contratar* com a pessoa que quer o objeto para cuja distribuição ela obteve a concessão, ou a autorização, ou a licença, viola *dever jurídico,* que assumiu perante o Estado, que aí exerce função de proteção e de comêço de manifestação de vontade de “todos” e ao mesmo tempo o direito e a pretensão nasceram à pessoa que precisa do que se havia de distribuir, mediante contratos.

De ordinário, tratando-se de bens necessários à generalidade, o Estado estabelece o dever público de prover e de tal dever nasce a obrigação de conclusão de contrato, quer tenha havido oferta ao público, quer apenas invitação à oferta.

Qualquer pessoa que precisa da subministração tem a pretensão a que se conclua o negócio jurídico bilateral. As diferenças, para que possam existir, hão de ser objetivamente justificadas, mesmo porque, se o não forem, o Estado violou o principio de isonomia ou de igualdade perante a lei (Constituição de 1946, art. 141, § 1.0). Na técnica das concessÕes, das autorizaçÕes e das licenças, um dos dados que se

apresentam são os de *tarifação* e de *fila* ou *número de ordem dc pedido* (oferta ou aceitação).

A propósito de tal dever de conclusão, é indiferente se o estabelecimento é emprêsa estatal, paraestatal, interestatal ou particular de direito privado, ou se é pessoa jurídica ou pessoa física.

A tipicidade da situação resulta de haver manifestação de vontade dirigida ao público (oferta ao público, ou invitação ao público).

No momento em que a emprêsa se incumbiu do serviço público, ou do serviço ao público, vinculou-se ela mesma a tratar, indiscriminadamente, com todos os que satisfaçam os pressupostos para oferecer, ou para aceitar. Por onde se vê que não há limitação arbitrária à liberdade de conclusão de contrato e o mesmo ocorre no que se reporta ao conteúdo dos contratos.

Se está em causa fornecimento ao público, com caráter de permanência, o que ocorre sempre que se trata de bens necessarios à vida comum (= bens de que todos têm- necessidade, ou de que têm necessidade todos os que estão na mesma situação), o dever de conclusão dos contratos resulta da natureza da subministração. O Estado não poderia, aí, permitir discriminaçÕes que ofenderiam, em lei, o *principio de isonomia.* Donde a impossibilidade de se entender que as emprêsas podem, sem razÕes que se justifiquem perante o sistema jurídico, esquivar-se ao dever de concluir os contratos. Ésse dever não deriva da situação monopolistica das emprêsas, como se tem pretendido sustentar. Emprêsas que servem a todos, sob regime tarifário, não podem recusar a conclusão dos contratos, tanto mais quanto, frequentes vêzes, a conclusão precede à entrega do bilhete ou de outro instrumento do contrato.

O dever de conclusão resulta da natureza do serviço, que é a todos, ou a todos os que se apresentem com os pressupostos, e não do caráter monopolístico das emprêsas, como erradamente se pretendeu na doutrina e na jurisprudência. Parece que foi BÚLCK *(Vom Kontrahierungszwang zur Abschlusspflich.t,* 108 s.) quem primeiro pôs claro êsse ponto. Há o *dever de subministração* e o *dever de igual tratamento.* Sem o negócio jurídico, aquêle não se pode exercer. Existe, portanto, o *dever de conclusão.*

O hotel, o teatro, o cinema e o restaurante não podem recusar a conclusão do contrato, salvo se a pessoa, que se apresenta, não satisfaz os pressupostos legitimamente exigidos. O ato do hoteleiro que diz, falsamente, não haver apartamento, ou não haver quarto, como o

freguês deseja, é *ato ilícito,* e pode dar ensejo a ação de indenização.

a-.

Dá-se o mesmo se o empregado do teatro, ou do cinema, por injustificado motivo pessoal, se nega a vender a entrada, ou, vendida, a dar acesso à exibição da peça ou do filme.

(b) Sempre que, sem haver a emprêsa de serviço público, ou de serviço ao público, a que se refere (a), a recusa a contratar importa dano a quem se apresenta e a recusa, por ser injustificada, contraria os bons costumes, nasce pretensão indenizatória ao ofendido com o gesto insensato ou imprudente. O médico que se recusa a socorrer o doente, sem ter alegação que pese, infringe *dever de contratar.* Por onde se vê que tal dever também nasce aos profissionais, sempre que o ato profissional é indispensável *(e. o‟.:* não há tempo para se chamar outro médico; não há outro médico no lugar; o médico, a que se pede a assistência, é o único especialista e há tempo para atender o doente). O pôsto de gasolina não pode negar-se a servir o automóvel que passa, salvo se recebeu ordem legal da polícia; nem ao pôsto de consertos é dado recusar o serviço. Aliás, se o pôsto de consertos ou de fornecimento de gasolina, ou outro qualquer atende, como deve, à ordem da polícia e essa ordem era *ilegal,* o Estado responde pelo ato do funcionário público ou do agente contratado, conforme o art. 194 da Constituição de 1946, independentemente de culpa do funcionário *(Comentários à Constituição de 1946,* VI, 3.~ ed., 869-374).

(c) A *economia dirigida* e a *economia controlada* criam dever de contratar. A intervenção do Estado está subordinada ao respeito dos princípios constitucionais, principalmente ao *principio de legalidade,* ou, melhor, *princípio de legalitariedade,* ao *principio de isonomia* e ao *principio de indenizabilidade* em caso de desapropriação ou de requisição.

De ordinário, a lei estabelece quotas para aquisiçÕes de mercadorias, ou quotas para a alienação. Por vézes, há cartÕes ou cupÕes para que o titular da autorização a adquirir se legitime. Se tal acontece, há o *dever de conclusão* e o *dever de não alienar a quem não esteja autorizado.*

Mediante êsses expedientes e outros, mais ou menos semelhantes, dirige-se a economia, ou só se controla, no tocante à distribuição dos bens.

O problema de se saber até onde pode ir a intervenção na economia é de ordem constitucional. Sôbre o assunto, *Comentários à Constituicão*

de 1946, Tomo V, 419-530.

Sempre que há *dever de conclusão,* o interessado, alegada e provada a sua legitimação, tem a *açao declaratória,* a *acão do art. 1.006 do Código de Processo Civil,* a *ação de preceito com natório* e *a ação de condenação pelos danos.*

4.LIBERDADE DE DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO NEGOCIAL E EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO.

Também há exceçÕes ao princípio de liberdade de determinação do conteúdo negocial. A lei, no interêsse geral, estabelece limitaçÕes, que consistem ou *a)* na tipificação legal do contrato, no que concerne ao seu conteúdo, o que nem sempre se há de imputar como vedação de outros contratos que levem aos mesmos resultados, posteriormente, ou *b)* na observância cogente de certas regras jurídicas *(e. o*".*,* sôbre limitaçÕes de preço, de juros, de comissÕes, ou *c)* na subordinação estrita ao uso do tráfico, ou aos bons costumes. Em *a),* há o *tipo legal coativo* ou o *tipo legal recomendado.* Em *b),* há o regramento estatal do conteúdo do negócio jurídico bilateral, *até certo ponto.* Em *c),* resguarda-se o público, no tocante às tentativas imorais. Se, no negócio jurídico, um dos figurantes se vincula a atos que não correspondem aos bons costumes, ou se vincula para obter atos que têm tal eiva, a lei submete as manifestaçÕes de vontade a regras jurídicas sôbre inexistência, invalidade ou ineficácia. A proIbição das cláusulas usurárias dão exemplo.

(a) Os limites à determinabilidade do conteúdo podem derivar de regras jurídicas escritas ou de regras jurídicas não-escritas. Não se pode contratar sêbre herança futura (Código Civil, art. 1.089). Aí, a proibição, explícita, limita a liberdade de determinação do conteúdo. No art. 714, diz-se que o usufruto pode recair num bem, ou em alguns bens, ou em todo um patrimônio, ou parte dêle. Surge a questão de se saber se o gravame pode ser de todo um patrimônio futuro, ou de quota do patrimônio futuro. No direito alemão, existe resposta escrita (Código Civil alemão, § 810). No direito brasileiro, há os arts. 1.175 e 1.872 do Código Civil. Se não se podem doar todos os bens sem reserva de parte suficiente, ou de renda suficiente para prover à subsistência do doador, há limitação à liberdade da determinação do conteúdo do contrato de doação, ou, em conseqUência, de qualquer contrato gratuito, ou negócio juridico unilateral. Se é nula a cláusula que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraia o quinhão social de algum dêles a comparticipação nos prejuízos, não se compreenderia que fôsse permitido gravar todo o *patrimônio pessoal*

(não assim, patrimônio especial), de modo que gravado ficasse tudo quanto a pessoa viesse a adquirir. Cessaria a independência da pessoa. A permissão seria inconciliável com a personalidade. Teria renunciado à capacidade de adquirir. No tocante a bens futuros, só‟ é gravável de usufruto o que se produz com o próprio patrimônio especial gravado de usufruto, ou o que é fruto de determinado bem ou de determinados bens. Seja como fôr, a regra jurídica não-escrita sofre, por sua vez, a limitação decorrente das regras jurídicas sôbre comunhão de bens entre cônjuges.

a-.

(b) A lei pode entender que seja impossível, juridicamente, o conteúdo que se daria a contrato. A compra de votos, nas eleições, privadas ou públicas, seria contrato de conteúdo proibido. Idem, a compra, troca ou outro negócio jurídico pelo receptador de bens de que outrem criminosamente se apoderou (Código Penal, art. 180).

Sempre que o conteúdo é crime, ou auxilia crime, ou encobre crime, há pré-exclusão dêle. Idem, se alguém, com o negócio jurídico unilateral ou bilateral, quer obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em funcionário público no exercício da função (Código Penal, art. 332), ou se oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público, para determinA-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (art. 888)

Sempre que se promete ato punível, ou se promete algo para a obtenção dêle, há nulidade do negócio jurídico.

Os princípios, que alhures expusemos (Tornos 1, § 17; IV, §§ 405 e 406, 469, 5, 486, 1; VI, § 708, 2), sôbre os atos tu *fraudem legis* limitam a liberdade de determinação do conteúdo negocial.

No art. 145, V, do Código Civil alude-se a espécies de que resulta limitacão à liberdade de determinar o conteúdo negocial. Outrossim, em tôdas as espécies em que a lei estabelece dever de indenizar, ou apenas diz “não pode”, ou “não é lícito”, ou “proibe-se

A limitação pode consistir em sanção de *inexistência* (a manifestação de vontade não entra no mundo jurídico), ou de *invalidado* (é nulo o negócio jurídico), ou de *ineficacia*~ Pode recair em todo o negócio jurídico, ou somente em cláusula em que ocorre o que se proibe.

(c) A limitação pode ser simplesmente periférica ou de contôrno. Diz-se, então, que há *regulamentação do conteúdo negocial.* A economia

dirigida e a economia controlada provêem a muitos casos, e pode-se dizer que essa é uma das suas técnicas mais usuais. Não se vedou a conclusão do contrato, nem se determinou a figura do outro manifestante de vontade; mas preestabeleceu-se o conteúdo ou parte do conteúdo do negócio jurídico bilateral. A *fixação de preços* (tabelamento de preços) uma das regulamentações mais freqUentes. A determinação do *salário mínimo* também o é. Com êsses expedientes, tem-se por fito a *uniformização do conteúdo dos negócios jurídicos* e o *rolamento pela justiça social.* Onde houve ditadura, dificilmente se faz compreender que tal intervenção ou é conforme a ConstituIção, ou é contrária a ela e, pois, nulos os atos gover namentais que a estabeleceram.

(d)A exigência de *assentimento estatal* ou de *autoridade paraestatal* também limita a liberdade de determinação do conteúdo. É êrro pensar-se em limitação à liberdade de conclusão de contrato, porque o assentimento ou a recusa de assentimento supõe exame do conteúdo. Exemplo de assentimento tem-se na compra de divisas estrangeiras para importação de mercadorias.

Há, é verdade, limitação da liberdade de conclusão, sempre que se exige, para que se façam certos contratos, o registo prévio da propriedade. Se apenas se veda que o objeto tenha certo tamanho, há limitação à liberdade de determinação do conteúdo, e não da liberdade de conclusão. É o que se passa com os terrenos para construção urbana quando não podem ter menos Se a lei não diz que o assentimento há de ser prévio, pode ser considerado pré-contrato o contrato que se fêz sem assentimento.

CAPÍTULO III

CONTEÚDO E CONCLUSÃO DOS NEGÓCIOS JURIDICOS BILATERAIS E PLURILATERAIS

§ 4.194. Negócio jurídico e conclusão

1.PRECISÕES . Quando as manifestaçôes de vontade dos figurantes se acordam e entram, como algo de comum, no mundo jurídico, há o negócio jurídico bilateral, ou o negócio jurídico plurílateral. A

vínculação é o primeiro efeito do negócio se expôs ao acôrdo (= à entrada no mundo jurídico como ele-jurídico *que se concluiu.* Houve, porém, provàvelmente, efeito anterior à conclusão, que foi a da manifestação de vontade que o negócio jurídico concluído), ou se fêz, além de exposta, irrevogável.

4

2.CONSENSO. O *consenso é* essencial à conc1usao do negocio jurídico bilateral como do negócio jurídico plurilateral.Há a essencialidade do consenso mesmo se só um dos figurantes assume a dívida de prestar, ou se êle presta. Aí, o negócio jurídico é bilateral, ou plurilateral, embora nâo tenha havido ou não haja contraprestação.

a-.

Quando se fala de negócio jurídico bilateral, ou de negócio juridico plurilateral, a bilateralidade a plurilateralidade somente concerne às manifestações devontade. Tem de haver aquela ou essa, mesmo se só um dos figurantes presta ou tem de prestar. Quando se fala de contrato bilateral, alude-se ao negócio jurídico bilateral que também, no tocante às prestações, apresenta a característica dabilateralidade.

O negócio jurídico unilateral também se conclui, mas, nêle, a figurante é um só e satisfaz todos os pressupostos, materiais e formais, para que a sua manifestação de vontade entre no mundo jurídico. “Concluir” não é, aí, têrmo impróprio, porque concluir é terminar, ultimar, e não concordar, ou consentir, eu convencionar, expressões que supõem dois figurantes ou mais de dois figurantes.

A conclusão dos negócios jurídicos bilaterais e a dos negócios jurídicos plurilaterais, essas, sim, supõem dois lados, ou linhas convergentes, ditas na expressão “plurilateral” lados, que hajam feito comum a vontade de todos os figurantes.

8. CONSENSO E VINCULAÇÃO. Para que o negócio jurídico bilateral ou o negócio jurídico plurilateral se conclua, é de mister que as manifestações de vontade se entrosem, com a entrada no mundo jurídico. A objetivação da vontade dos figurantes ou é sucessiva ou simultânea. A oferta e a aceitação são o *quod plerum que fit.* Mas pode ocorrer que se dê a simultaneidade das manifestações de vontade.

Sem que as manifestações de vontade entrem no mundo jurídico não

há vinculação, porque a vinculacão já é *eficácia* do negócio jurídico. Acontece, porém, que a primeira manifestação de vontade já pode vincular. Tal vinculação resulta de negócio jurídico unilateral, a oferta, com que se há de concluir, com a aceitação, o negócio jurídico bilateral ou plurilateral. O oferente vincula-se por sua oferta e à sua oferta, até que cesse a possibilidade da aceitação, ou à conclusão com os pressupostos necessários.

Se a oferta mesma teria de ser com assentimento de alguém, ou com o consentimento de alguém, a conclusão válida ou eficaz fica a depender de tal assentimento ou de tal consentimento. São exemplos a oferta feita pelo menor, relativamente incapaz, e pelo comuneiro ou promitente que teria de respeitar direito de opção.

4.VINCULAÇÃO DO OFERENTE. Lê-se no Código Civil, art. 1.080: "A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos têrmos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso". A oferta vincula o oferente. Desgraçadamente, nas leis e nos livros de doutrina, por vêzes se emprega "obrigar" em vez de vincular, ou de "tornar devedor", como de obrigar *stricto sensu.* A vinculação, a dívida e a obrigação se confundem. O oferente ainda não deve, a *fortiori* ainda não é obrigado, mas vinculado fica, exceto se na oferta estabeleceu restrições, ou se a invinculabilidade resulta do tipo mesmo do negócio jurídico, ou de circunstâncias do caso concreto.

Logo após, estabelece o Código Civil, art. 1.081: "Deixa de ser obrigatória a proposta: 1. Se, feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa, que contrata por meio de telefone.

II. Se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente. III. Se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida *a* resposta dentro do prazo dado. IV. Se, antes dela, ou simultâneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente".

Lê-se no Código Comercial, art. 126: "Os contratos mercantis são obrigatórios tanto que as partes se acordem sôbre o objeto da convenção e os reduzam a escrito, nos casos em que esta prova é necessária". Não só os contratos mercantis. Quaisquer negócios jurídicos bilaterais, de direito privado ou de direito público, se a lei não os submete à satisfação de pressupostos especiais de fundo, ou de forma, ou de contrôle ou de economia dirigida.

a) Se A fêz oferta a B, de viva voz, e B não a aceitou imediatamente, A não se vinculou (tzz não é adstrito a manter a oferta). Em todo o caso, pode A, oferente em presença de E, dizer a B que aguarda a aceitação até tantas horas do mesmo dia, ou até tal dia, mês ou ano. Aí, A ficou vinculado, porque êle mesmo afastou a incidência do art. 1.081, 1, do Código Civil: ofereceu para certo prazo.

A oferta pelo telefone, com ou sem televisão, trata-se como oferta entre presentes. Idem, a oferta pelo radiofone ou pela irradiação com televisão. O que é preciso, para que se trate como a oferta pelo telefone, é que seja identificável o figurante.

b) A oferta, que se faz, sem prazo, a pessoa ausente, vincula enquanto não decorre o tempo suficiente para chegar *a* resposta ao conhecimento do proponente.

c) Se na oferta a pessoa ausente há prazo para a aceitação, entende-se que dentro dêle o destinatário tem de expedir a resposta.

d) Quer se tenha estabelecido prazo, quer não, a oferta não vincula se, antes dela, ou simultâneamente, chega ao conhecimento do destinatário a retratação do oferente. O Código Civil, art. 1.081, IV, empregou o têrmo **a-.**

“retratação”. No Código Civil alemão, § 130, alínea

1~a, 2 a parte, preferiu-se “revogação” (Widerruf). Aí, colhe-se a manifestação de vontade antes de ela chegar, ou simultâneamente (duas cartas, entregues pelo mesmo carteiro; dois telegramas, que chegam ao destinatário pelo mesmo estafeta, ou são transmitidos pelo telefone no mesmo momento, embora um imediatamente após o outro). Surge a questão de se saber se se hão de ter como simultâneas a oferta e a retratação, se o destinatário, ao chegar em casa, na hora do costume (o trabalho é até as 6

horas), encontra o bilhete de loteria e o telegrama em que se diz que não mais se quer vender. O destinatário tem de verificar se à hora em que se remeteu a retratação tinha sido, ou não, premiado o bilhete de loteria.

5. RECEPTICIEDADE DA OFERTA. As manifestações de vontade de que resultam negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais são

recepticias. Longe está o tempo em que se discutia se a manifestação de vontade dirigida ao ausente é eficaz:

a) desde que se exterioriza (G. F. PUCHTA, *Pandekten,* **4**~a ed., 391 s.; C. F. F. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht,* ~J, **g~a** ed., 246; FILIPPO SERAFINI, *II Telegrafo iii relazione alia giurisprudenza civile e commereiale,* 48-82), dita *teoria da exteriorização;* ou b) desde quando se envia (A. KOEPPEN, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, *Jahrbúoher fiir die Dogmatile,* 11, 878 5.; A. VON SCHEURL, *Vertragsschluss unter Ãbwesenden,* II, 258), dita *teoria da expedicão;* ou *e)* quando chega ao destinatário (II.

SCI-IOTT, *Der obligatorisefle Vertrag unter Abwesenden,* 5 e 36 s.; OTTO K4RLOWÂ, *Das Rechtsgeschiift und seine Wirlcung,* 17 s.; V. HASENÕHRL, *Das õsterreichische Obligationenrecht,* 1, 579 s.; J. KOHLER, Ober den Vertrag unter Abwesenden, *Archiv fiir Elirgerliches Recht,* 1, 298 s.), dita *teoria da chegada* ou *teoria da recepção; d)* ou quando dela toma conhecimento o destinatário (E. 1. BEKKER, .*Tahrbuch des gemeinen deutschen Rechts,* II, 342 5.; E. REGELSBEROER, *Civilrechtliche Erôrterungen,* 1, 23 s.; E. MARsSON, *Die Natur der 1/ ertragsofferte, 9* s.), dita *teoria da cognição* ou *teoria do conhecimento.* O assunto já foi versado desde o Tomo II, §§ 223-225.

Os que exigem a cognição, em vez da chegada que permita a cognição, invocaram a L. 1, pr., D., *de verborum obligationibus,* 45, 1, em que se diz que nem o mudo, nem o surdo, nem a criança podem contrair (cf. L. 1, § 15, e L. 48, D., *de obliga tionibus et actionibus, 44,* 7); mas o argumento é sem valia. Ai, não se trata de ser necessário receber, mas sim de não se poder receber. Pode-se mesmo dizer que a manifestação oral de vontade dirigida ao surdo cai no vácuo.

Ao destinatário não poderia ficar o ensejo de conhecer ou de não conhecer. O manifestante de vontade tem de fazer o que possa e lhe incumbe para que o destinatário possa conhecer a oferta. Se assim procedeu, não se lhe há de erigir que ainda lhe caiba providenciar para que o destinatário abra a correspondência, ou leia o telegrama, de modo que o oferente tem de fazer tudo que não é de esperar-se, segundo o uso da tráfico, da parte do destinatário.

Se êsse não praticou os atos que devia praticar, conforme as circunstâncias normais, e somente não veio a conhecer da oferta, porque não diligenciou, seria absurdo que não se tivesse por cumprido o que o manifestante da vontade tinha de fazer. Não se poderia deixar a líbito do destinatário a eficácia da manifestação de vontade do oferente. O destinatário tem o dever de estar a par do que lhe chega; o

oferente tem o dever de tudo fazer para que o destinatário possa conhecer a oferta.

Se a oferta chegou ao destinatário, como *quis* o oferente, o destinatário é de esperar-se toma conhecimento de quanto lhe chega. Se A põe a oferta por baixo da porta de salão que não é o de entrada, não se pode dizer que ela chegou ao destinatário. Se ocorre que, naquele dia, o empregado foi ao galão e encontrou a carta, entregando-a, depois, ao destinatário, houve chegada e circunstâncias que permitiram, excepcionalmente, a cognição. Se o salão só se abre para festas, não se pode afirmar que a oferta chegou, e a própria revogação surpreenderia o destinatário. Dá-se o mesmo se a carta é enviada em pacote de livros, o que não é de dever abrir-se logo,

Se a carta ficou no correio por ter sido selada insuficiente-mente e o destinatário, avisado, não a foi buscar, faltou o requizito da recepção. *Aliter,* se houve o aviso, por não ter sido entregue, devido, por exemplo, a ser registada e não ter estado em casa o destinatário.

Se a pessoa da família, de responsabilidade, ou a empregado, que possa receber correspondência, foi entregue a carta, está satisfeito o pressuposto da recepção. Bem assim se o reca.do se der a pessoa, familiar ou não, que podia recebê-lo.

Todavia, se houve empecilho na recepção, mas, cessado, ocorreu que o destinatário recebeu a oferta, ou se o manifestante da vontade a repetiu, conhecendo ou suspeitando do fato, tem-se como recebida em tempo.

Entre presentes, a oferta *oral* tem de ser ouvida pelo destinatário; e a oferta *por escrito* há de ser entregue a êle, ou a quem caiba ser entregue, estando todos presentes. Se o destinatário podia ouvir a oferta verbal, e não a ouviu, porque não quis ouvi-la, tem-se como recebida. Não basta, porém, a simples possibilidade de ser ouvida (sem **a-.**

razão, J. BREIT, Zur Lehre vom lRechtsgeschãft, *Sdachsisches Archiv,* 15, 638).

Tem-se como presente a pessoa que tem presente, em relação ao destinatário, o seu órgáo, ou o seu representante, ou simples mensageiro ou núncio.

6. ACEITAÇÃO E OPORTUNIDADE. Se a oferta foi *entre presentes,* a

aceitação somente pode ocorrer, eficazmente, se imediatamente feita. Têm-se por presentes as pessoas que estão ao telefone, ou em comunicação direta, qualquer que seja. A referência do art. 1.081, 1, alínea □

2 a, a telefone, é exemplificativa. Se a oferta foi *por*

escrito, entende-se feita pela entrega pelo oferente ao destinatário, ou a alguém que, estando também presente, seja pessoa própria para receber, e a aceitação pode ser por escrito ou oral. Se *oral* a manifestação de vontade do oferente, é preciso que a tenha ouvido o destinatário, a quem cabe imediatamente responder; se o não faz, recusou.

Lê-se no Código Civil, art. 1.082: "Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, êste comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos". Supóe-se que a aceitação haja sido enviada a tempo, porém não a tenha recebido o oferente. O art. 1.082 corresponde, precisalmente, ao art. 1.081, II, onde se fala de "conhecimento". O art. 1.081, II, refere-se *is* ofertas, sem prazo, da pessoa ausente. O art. 1.081, III, é que cogita das ofertas, com prazo, a pessoa ausente, e nêle não se alude ao

"conhecimento", mas a ter sido "expedida" a resposta. Donde a questão: ~ o art. 1.082 também concerne às ofertas com prazo? Respondemos no Tomo II, ~ 225, „7, frisando a diferença entre o art. 1.081, III, do Código Civil brasileiro e o § 148 do Código Civil alemão.

À

7.ACEITAÇÃO PELO SILÊNCIO. Lê-se no Código Civil, art. 1.084: "Se o negócio fôr daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa SObre o art. 1.084, Tomos II, § 225, 7; III, §§ 278, 7, e 282, 1.

O art. 1.084, □

2 a parte, refere-se à *renúncia à* manifestação expressa de vontade pelo aceitante. Igual eficácia tem a dispensa da aceitação expressa se os usos e costumes o assentaram art. 1.084, □

1 a parte). Aceitação há, pelo

silêncio. Ali, o ofe rente expressou a sua renúncia. Aqui, os usos e costumes enchem de renúncia tôdas as ofertas que estejam com os pressupostos do art. 1.084, □

1 a parte. A *aceitacão pelo silêncio* não se há de confundir com a *aceitação tácita,* que supõe atos que se tenham de interpretar como de aceitação.

8. RESPOSTA TARDIA OU COM NOME IMPRÓPRIO DE "ACEITAÇÃO". Diz o Código Civil, art. 1.083:

"A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta". Ai, aceitação não houve. Houve resposta. Se o destinatário lhe deu o nome de "aceitação", foi impróprio, porque a aceitação fora do prazo é ineficaz, e a "aceitação" com adições, restrições ou modificações é nova oferta, e não aceitação.

Cf. Tomo III, § 278, 7.

9.REVOGAÇÃO DA ACEITAÇÃO. Lê-se no Código Civil, Bit. 1.085: "Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante".

Cf. Tomos III, §§ 278, 7, e 282, 1; XXIII, § 2.881, 1; XXV, § 8.076, 2. Primeiramente, observemos que aceitação houve, em tempo oportuno. A *vox* saiu e vai chegar ao oferente. A alusão a ter-se por inexistente, que aparece no art. 1.085 do Código Civil brasileiro e no art. 9, 2Y alínea, do Código Civil suíço, de modo nenhum se há de interpretar como não tendo havido, na espécie, aceitação. Houve aceitação.

Se a aceitação podia ser dispensada (Código Civil, art. 1.084) e foi remetida, m~s a revogação chega ao mesmo tempo ou antes, seria recusa tardia, e é evidente que não incide o art. 1.085. A regra jurídica do aTt. 1.085 fala de

"chegar" ao oferente a revogação do aceitante. O art. 9 do Código Civil suíço refere-se a tomada de

"conhecimento" pelo oferente. Deve-se ler o art. 9 como se aludisse à recepção. O que se disse sôbre a oferta e sôbre a aceitação tem de ser atendido quanto à revogação, porque a recepticiedade se rege pelos mesmos princípios.

Se, em vez de aceitar, o destinatário recusara a oferta, pode revogar a

recusa, se a nova manifestação de vontade chega antes, ou simultâneamente, ao oferente.

10.CONTRATOS POR MEIO DE CORRESPONDÊNCIA. Lê-se no art. 1.086 do Código Civil: “Os contratos por correspondência epistolar, ou telegráfica, tornam-se perfeitos, desde que a aceitação é expedida, exceto: 1. No caso do artigo antecedente. II. Se o proponente se houver comprometido a esperar a resposta. III. Se ela não **a-.**

chegar no prazo determinado”. No Código Comercial, art. 127, alíneas **1**~a e **2**~a, já estava dito:

“Os contratos tratados por correspondência epistolar reputam-se concluídos e obrigatórios desde que o que recebe a proposição expede carta de resposta, aceitando o contrato proposto sem condição nem reserva; até êste ponto é livre retratar a proposta; salvo se o que a fêz se houver comprometido a esperar resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição, ou até que decorra o prazo determinado. Se a aceitação fôr condicional, tornar-se-á obrigatória desde que o primeiro proponente avisar que se conforma com a condição”.

“Condição” está aí em sentido largo de cláusula que altera, ou diminui, ou aumenta a oferta, isto é, que se aumenta, ou que elimina, ou que modifica cláusula da oferta. Tal resposta é tida, no sistema jurídico, como nova oferta, razão por que a resposta concordante do primeiro oferente é aceitação. Tais os princípios.

o4.195. Momento e lugar da conclusão dos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais 1.MOMENTO DA CONCLUSÃO. No momento em que ocorre o *consenso,* está concluído o negócio jurídico, seja bilateral seja plurilateral. A forma exigida por lei foi pressuposto que há de ter sido satisfeito pelas manifestações de vontade concordantes. Se não houve concordância, houve *disseneo;* e não se concluiu o negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Se houve consenso, ou se não houve, é questão de interpretação, porém nem sempre a questão é somente *quaestio facti.* Pode ter havido consenso, a despeito de expressões diferentes empregadas pelos figurantes, inclusive em línguas diversas. Pode haver dissenso, a despeito das expressões parecidas, ou se os figurantes crêem ter acordado e em verdade houve discordância que impediu a conclusão do negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

2.PONTOS DO NEGÓCIO JURIDICO E CONSENSO. Em princípio, o consenso há de estender-se a todos os pontos da oferta, ou das manifestações de vontade simultâneas, ou do plano de estatutos ou contrato social. Se um dos figurantes discordou de um ponto, ou acrescentou outro, ou êsse figurante fica de tora, se, sem êle, o negócio jurídico podia ser feito, ou não se concluiu o negócio jurídico. Enquanto não se conclui o negócio jurídico e não se trata de oferta ou de esquema imutável, pode algum dos interessados sugerir ou exigir algum ponto. mas, admitido isso, os que manifestaram a vontade têm de novamente manifestar-se.

Se os figurantes consentiram a propósito dos pontos reputados, por todos, *essenciais,* o que ficou reservado é ponto *secundário,* ou *não-essencial,* ou *complementar.* O negócio jurídico bilateral ou plurilateral conclui-se desde o momento em que há o consenso sôbre todos os pontos que se tiveram por essenciais. Se, posteriormente, consentem no ponto ou nos pontos secundários, nenhuma dificuldade exsurge. Não assim se discrepam sôbre algum, ou sôbre alguns, ou sôbre os pontos secundários. Então, ou ficam sem invocabilidade as matérias concernentes a êsses pontos, a respeito dos quais qualquer ato é ato não impôsto por vinculação, ou tem o interessado ou têm os figurantes de propor *ação constitutiva,* na qual a sentença, levando em consideração o negócio jurídico e as circunstàncias , inclusive o que expressaram de vontade, nas punctações, e nas discussões, os figurantes, dará a solução para o ponto a respeito do qual ou para os pontos a respeito dos quais não houve o consenso posterior.

8.LUGAR DA CONCLUSÃO DOS NEGÓCIOS JURíDICOS BILATERAIS E DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

PLURILATERAIS. *a)* Se o negócio jurídico é bilateral e não são no mesmo lugar as manifestações de vontade, impõe-se à lei o problema de técnica legislativa: ~ Qual o lugar em que se há de considerar concluído o negócio jurídico o da oferta ou o da aceitação? b) Se são feitas no mesmo lugar, sejam simultâneas, sejam sucessivas, não há qualquer problema quanto ao lugar.

O Código Civil, no art. 1.087, estatui: “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. Na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), art. 99, § 2.0, diz-se: “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”. Aqui, aludiu a lei ao *efeito* (“obrigação”) ; ali, à *fonte* (“contrato”). O que se há de entender é que, ali como aqui, se considera concluído o negócio jurídico bilateral ou

plurilateral onde se fêz a oferta, muito embora, quanto ao tempo, se haja de ligar à aceitação a conclusão (art. 1.086). Assim, no direito brasileiro, o negócio jurídico se tem como concluído *ao tempo da aceitação,* mas *no lugar da oferta.*

Os juristas habituaram-se a só considerar os fatos jurídicos como ocorridos no espaço-tempo, de modo que se reputam fatos de determinado lugar e no mesmo momento. A solução que se tem nos arts. 1.086 e 1.087 cinde as quatro dimensões, porque ocorre espacialmente antes de ocorrer temporalmente.

As duas regras jurídicas têm relevância, respectivamente,. para o direito substancial e para o direito internacional privado. Aliás, devemos dizer: para o direito substancial e para o sobredireito, porque também há conseqUências **a-.**

de direito intertemporal, por haver a ligação ao direito material do lugar, *no tempo.*

Se o contrato é real, ou se o acôrdo é *acôrdo de transmissão* ou *acordo de constituição,* não se pode deixar de atender, ali, ao elemento real e, aqui, a que o acôrdo de transmissão ou o acôrdo de constituição não se confunde com o negócio jurídico de direito de obrigações em que alguém se vinculoi a transferir ou a constituir direito real limitado.

Por outro lado, é preciso que se não confundam o *lugar* do pré-contrato e o *lugar* do contrato que se prometeu.

Podem ser os mesmos como podem ser diferentes.

Se A, que está no lugar L, ofereceu a B, que está no lugar M, vender a casa situada em N, e B aceita, o negócio jurídico obrigacional fechado na data da aceitação reputa-se concluído no lugar L, porém o acôrdo de transmissão, êsse, por ser estranho aos “contratos” a que se refere o art. 1.087 do Código Civil e às “obrigações” referidas no art. 99, § 29, da Lei de Introdução ao Código Civil, é de considerar-se concluído no lugar da situação do bem. A própria transferência da posse, em sistema jurídico, como o brasileiro, que abstrai do *animus* e do *corpus,* tem-se de conceber como ato ocorrendo no lugar em que está situado o bem, seja imóvel ou seja móvel.

§ 4.196. Forma dos negócios jurídicos bilaterais e dos negócios jurídicos plurilaterais 1.REGRAS JURÍDICAS GERAIS. Em princípio, não há regras jurídicas sôbre forma especial para os negócios jurídicos

bilaterais, ou para os negócios jurídicos plurilaterais. Tratando-se de negócios jurídicos sôbre imóveis quer de negócios jurídicos de direito das obrigações *(e. g.,* contrato de compra-e-venda), quer de acôrdos de transmissão ou de constituição de direitos reais há a exigência da escritura pública, se o valor acede o de dez mil cruzeiros (Código Civil, art. 134, II). Idem, se o negócio jurídico é pacto antenupcial ou de adoção (art. 184, 1).

Teremos ensejo de falar, a respeito de cada contrato, da incidência do art. 135 do Código Civil ou dos arts.

121-123 do Código Comercial, ou de regras jurídicas especiais. Diz-se, por isso, que há o *principio de liberdade da forma.* Há mais: há o *principio da vincula çáo pelos contratos aformais* (cf. K. MICHAFLIS, *Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens,* 14 s.), pôsto que, no direito civil brasileiro, ainda haja a exigência de testemunhas instrumentárias (Código Civil, art. 185), sem que todavia se afaste a prova por outros meios.

2.REGRAS JURÍDICAS ESPECIAIS SÔBRE FORMA. As exigências de forma especial têm *ratio legis* múltipla: com a escnta, há mais clareza e precisão; abre-se margem ao reconhecimento da firma; dá-se mais tempo para que se medite sôbre o assunto do negócio jurídico (muitos negócios jurídicos que precisam ser escritos não se escrevem e, pois, não se concluem; por vêzes, escritos, um, alguns ou todos os figurantes não os assinam).

No direito brasileiro, se o acôrdo de transmissão ou de constituição de direito real está sujeito a regra jurídica especial de forma, também a ela está sujeito o negócio jurídico em que se promete tal acôrdo. Porém não se dá o mesmo com o pré-contrato.

A procuração para o ato que exige forma especial também a ela está adstrita.

O contrato de aluguer de imóvel e outros contratos que não transmitam nem constituam direitos reais não se subordinam ao art. 184, II, do Código Civil. Se há contrato de preferência ou de opção e nêle se inclui o de aluguer, ou outro contrato que não esteja sujeito ao art. 184, TI, a nulidade é de todo o negócio jurídico, se há íntima conexão (negócio jurídico unitário).

Surge o problema de se saber se vale o acôrdo de transmissão de propriedade imobiliária, ou de direito real limitado, ou o acôrdo de constituição, de direito real limitado, se o contrato, em que se

prometeu e se deveria ter observado a regra jurídica do art. 184, TI, do Código Civil, não a respeitou. A resposta é afirmativa, porque qualquer dêsses acôrdos é negócio jurídico *abstrato;* portanto, independe da validade do negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente. Foi êrro pensar-se em que o negócio jurídico de transmissão ou de constituição de direito real limitado e o negócio jurídico básico pudessem ser negócio jurídico unitário. Se, para o caso, era de mister ~autorizaçáo judicial, ou o consentimento ou o assentimento de alguém, e o negócio jurídico básico não o tivera, vale o acôrdo de transmissão ou de constituição de direito real, se, quanto a êle, houve a autorização judicial, ou o consentimento ou o assentimento da pessoa que teria de dá-lo. t preciso que se não confunda com a *confirmação,* ou a *sanação,* o que se passa entre a validade do negócio jurídico abstrato e a invalidade do negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente. Aí, ou há regra jurídica escrita, como a do

§ 813, □

2 a parte, do Código Civil alemão, aliás incorreta (cf. Tomo XI, § 1.244, 2), ou como devia ser redigida (KURT GUTBROD, *Der obligatorische Orundstitcksverãusserungsvertrag,* 109 s. ; ER. LEONHARD, *Alígemeines Schuldrecht,* 282), ou revelada, como ocorre no direito brasileiro.

No direito brasileiro, o acôrdo de transmissão ou de constituição, válido, mas de negócio jurídico básico inválido, **a-.**

não pode ser revogado (sem razão, o direito alemão, tal como o expõe KARL LARENZ, *Lehrbuch des S*"*chuldrechts,* 1, 59), fundado no § g73, 2.~ alínea, do Código Civil alemão, que felizmente não se tem no Código Civil brasileiro (Tomo XX, § 2.446, 2).

Os defeitos de vontade do negócio jurídico básico também não contagiam o acôrdo de transmissão ou o acôrdo de constituição de direito real. Se o acôrdo somente poderia ser feito depois de alguma autorização ou consentimento ou assentimento para o negócio jurídico básico, então sim o acôrdo está atingido, não pelo contágio, mas pelo princípio de que *quem não pode prometer não pode prestar* ou *vincular-se à restaçáo .*

8. PRÉ-CONTRATOS. A forma dos pré-contratos não está ligada, no direito brasileiro, à forma do contrato prometido, nem o está a promessa de promessa unilateral. A regra jurídica não se estende,

porém, aos pressupostos essenciais para a conclusão do contrato prometido, ou da promessa unilateral prometida, como se o que se promete somente teria validade se outrem autorizasse, ou admitisse, ou suportasse.

§ 4.197. Determinação do conteúdo do negócio jurídico bilateral e do conteúdo do negócio jurídico Bilateral 1. CONTEÚDO DO NEGÓCIO JURíDICO. Se o negócio jurídico é de transmissão, ou de constituição, o seu conteúdo é transmitir, ou constituir, e não prestar como dever assumido. Se há dever de prestação, precisa-se pensar em dívida e obrigação, por parte de alguém, e em crédito e pretensão, por parte de outrem. Outrem, nos negócios jurídicos bilaterais, é o outro figurante ou são os outros figurantes do mesmo lado. Nos negócios jurídicos plurilaterais, o fundo comum ou a pessoa jurídica que resultou do negócio jurídico plurilateral.

A prestação tem de ser caracterizada qualitativa e quantitativamente, isto é, em sua classe e em sua extensão.

Porém nem sempre os figurantes descem a pormenores, e por vêzes omitem o que seria a contraprestação, ou a própria classe, extensão e forma da prestação. No vazio do conteúdo, que é só aparente, está a tarifa, ou o preço da praça, os usos quanto a embalagem e a entrega e outros elementos que suprem não a vontade, como erradamente se diz mas sim a manifestação da vontade. Quem entra num bonde, ou num táxi, pouco de vontade manifestou, mas quis o que manifestou e o que integra essa manifestação.

A fixação da contraprestação pode ser deixada a terceiro, que os figurantes do negócio jurídico designem, ou prometam designar. O Código Civil, art. 1.123, cogita disso a propósito da compra-e-venda; mas o princípio é geral a todos os outros negócios jurídicos.

2.DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO POR UM DOS FIGURANTES.

Quanto à determinação por um dos figurantes, o art. 1.125 do Código Civil faz nulo o negócio jurídico, se lhe foi deixado arbítrio pleno. Também essa regra jurídica é geral, a despeito de só se referir, na lei escrita, à compra-e-venda. Muitos negócios jurídicos se concluem sem que se determine a extensão ou a quantidade da contraprestação, ou mesmo da prestação, porém não se há de pensar em arbítrio puro. O art. 1.125 do Código Civil tem de ser interpretado como se nêle estivesse escrito:

"Nulo é o contrato de compra-e-venda se foi deixado, explicitamente, ao arbítrio puro de um dos figurantes determinar a prestação ou a contraprestação". Se A vai ao armazém e pede o vinho, ao dono do armazém é que cabe debitar-lhe o preço, mas aí não há arbítrio exclusivo, ou puro, pois o dono do armazém está adstrito ao preço do mercado, inclusive se se trata de vinho raro e, em conseqüência disso, de alto valor. Dá-se o mesmo com os consertos de relógio, de máquinas de escrever, de geladeiras e de outros objetos de uso doméstico ou de escritório.

Se foi dito que um dos figurantes faria o que entendesse, com arbítrio exclusivo, o negócio jurídico é nulo, e a lei o diz (arts. 1.125 e 145, V). Se a omissão é completa (= se não bá enchimento para o vazio), sem se ter deixado a algum dos figurantes absoluto arbítrio, a espécie é de negócio jurídico *ineficaz,* e não de negócio jurídico *nulo.*

Assim, sempre que se deixa a um dos figurantes determinar a prestação, sem se ir ao extremo a que se refere o art.

1.125 do Código Civil, o que se há de entender é que tem de ser equidosa a determinação da contraprestação. Se o figurante, a que se atribui a determinação, se afasta da eqüidade, ou do que seria de esperar-se, por parte de pessoa sensata, não é *eficaz* a determinação. Quem determina há de ater-se ao que é de uso, ao que é adequado à espécie e ao caso, ao que sugerem as circunstâncias e fatôres, como tempo e trabalho empregados, interêsse comum ou especial e possibilidades pessoais do outro figurante.

Se ao juiz, em vez do figurante, que devia determinar e não determinou, se pede que determine, há *completação judicial do contendo negócio jurídico.* Há a *fôrça constitutiva* da decisão do juiz. Se ao mesmo tempo o interessado pede completação e condenação do outro figurante, a completação é questão prévia de decisão de fôrça condenatória: declaratividade, ***;*** constitutividade, "„~~ condenatoriedade, *****;*** mandamentalidade, *; executividade, ***.**

a-.

A determinação por um dos figurantes faz-se por meio de *comunicação de conhecimento,* para cuja eficácia, portanto, é de mister a recepção pelo outro figurante, ou pelos outros figurantes. O figurante, comunicando o que se há de considerar como completação do conteúdo do negócio jurídico, *constitui,* não declara vontade, não *negocia.* Desde o momento em que chega ao outro figurante, é

irrevogável e inalterável.. Quem a fêz, vinculou-se, tanto como vinculou o outro figurante.

A determinação pelo juiz é subsidiária. Supóe-se que o figurante, que devia determinar, não determinou. Mas, fundamentalmente, que, pela interpretação do negócio jurídico, tinha o figurante de determinar. Pode ocorrer, porém, que haja, como elemento para a determinação pelo figurante, de apreciar *interésse público.*

A liberdade, o arbítrio, que tem o figurante, ou, subsidiàriamente, o juiz, é *dentro* de pequeno espaço (dentre poucas oluções possíveis). Não há falar-se, aí, de arbítrio puro, ou de arbítrio exclusivo, porque, se não há outra saída para a interpretação do negócio jurídico, incide a regra jurídica geral sôbre invalidade, a que se refere, no caso de compra-e-venda, o art. 1.125 do Código Civil. De modo que o problema no direito brasileiro, em relação ao direito alemão, é diferente (cp. W. JEL LINEK, *Verwaltungsrech,t,* **8**a ed., 30; E. FORSTHOFF, *Lehrbuch dez Verwaltungsrechts,* ~, 23 ed., 78; O. BÂCHOF, Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle, *Siiddeutsche*

.*Turistenzeitung,* 1948, 742; HORST NEUMANN-DUESBERG, Gerichtliche Ermessensentcheidungen nach §§

815 ff. BGB., *Juristenzeitung,* VII, 706). No sistema jurídico brasileiro, o arbítrio deixado ao figurante ou é limitado, ou não o é: ou vale o negócio jurídico, ou não vale. Tal o dilema.

Não é de arbítrio puro ou exclusivo a cláusula que, fixado o preço, ou fixados os preços, deixa ao figurante dizer de quantos objetos precisa, ou se vai adquirir *a* ou *b,* ou se quer receber no mês a, ou no mês *lx* O figurante assume o dever de determinar e, se, *in casu,* não cabe determinação subsidiária pelo juiz (o que pode ocorrer), pode ser feita a interpelação, ou proposta a ação de preceito cominatório, inclusive para a resolução do negócio jurídico, por *infraçáo positiva do negócio jurídico,* com indenização.

3.DETERMINAÇÃO DEIxADA A TERCFIRO. A determinação da prestação pode ser deixada a terceiro, ou a terceiros. Cf. Tomo XXII, § 2.684. Se há dúvida quanto ao de que precisa o figurante e ao terceiro mais fácil seja determiná-lo, é óbvio que à opinião ou à determinação pelo terceiro se reporte o negócio jurídico. Se apenas se lhe deixou opinar ou aconselhar, não se vincula a isso o figurante. (Os nomes de *árbitra componedor,* ou de *componedor amigável, consultor arbitral,* que

se têm dado ao terceiro, são impróprios. Não arbitra. Nem compõe. Exerce função parcial, ou de informação. Talvez de técnico contábil, ou de construtor, ou de instalador de maqulnaria. Seria árbitro se controvérsia houvesse. Ora, a atribuição a êle pré-exclui a controvérsia entre os figurantes. O que lhe incumbe é completar o conteúdo do negócio jurídico.)

Se algum dos figurantes entende que o terceiro se afastou da sua função, ou se foi injusto (o que é diferente), tem de alegar e provar essa violação de limites funcionais, ou a injustiça da determinação do conteúdo. Não é difícil a prova da injustiça, pode mesmo ser evidente. O problema da apreciação fica ao juiz.

Se os figurantes atribuíram ao terceiro, ou aos terceiros. a determinação da prestação, não se há de considerar exclusivo o arbítrio. O art. 1.128 do Código Civil reflete princípio geral~ embora se ache na lei como regra jurídica sôbre compra-e-venda. Nêle, não se alude ao "arbítrio exclusivo", como ocorre no art. 1.125, concernente à atribuição de determinação pelo-figurante. Todavia, havemos de considerar nulo o negócio jurídico, tal como se daria nas espécies do art. 1.125.

Se o terceiro ou os terceiros se recusam à função de completação do conteúdo, ou os figurantes acordam em que se desempenhe do encargo outra pessoa, ou se faz ineficaz o negócio jurídico. Os juristas que aludem, aí, a condição, rompem com a boa técnica.

O ato pelo qual o terceiro ou pelo qual os terceiros determinam a prestação é *comunicação de conhecimento.* A recepticiedade é ineliminável. Se houve êrro, violência ou dolo, pode o interessado atacar o ato do terceiro, ou dos terceiros. LNáO o próprio terceiro, ou os próprios terceiros? Pela negativa, L. ENNECCERUS-H. LEHMANN

(Lehrbuch, II, 19), por se tratar de mera completação da vontade dos figurantes, e outroa, inclusive, hoje, KARL

LARENZ *(Lehrbuch des Schuldrechts,* 1, 33 ed., 72). No direito brasileiro, não devemos dar a mesmit resposta. A determinação pelo terceiro, ou pelos terceiros, integra a manifestação de vontade dos figurantes, porém, como ato, é do terceiro, ou dos terceiros, ato jurídico *stricto sensu,* pôsto que *em* negócio jurídico. Os atos jurídicos *stricto sensu* estão sujeitos às regras jurídicas do Código Civil, arts. 145-147, 152, 86-91, 92-97 e 98-101.

O terceiro ou os terceiros não arbitram como encarregados que

representem, nem, tão-pouco, como órgãos, mas razão não há para se apagar a significação jurídica, própria, do seu ato. Nem aconselham, nem dão só parecer (não há a figura do *Schiedsgutachter,* expressão a que WALTIIER J. HABSCHEID, *Festschrift /1k li.* LERMANN, II, 789 s., exprobrou a pluri-significação).

a-.

4.NEGÓCIOS JURÍDICOS PLURILATERAIS. Nos negócios jurídicos plurilaterais ninguém contrapresta.

Todos prestam.

O conteúdo tem de ser determinado negocialmente, ficando aos figurantes os mesmos princípios, inclusive quanto à nulidade da cláusula que veda o arbítrio puro ou exclusivo. Seria nula .a cláusula que desse, por exemplo, à sociedade comercial o exigir prestações a seu exclusivo arbítrio, ou que desse tal direito a algum dos membros.

5.REGRAS JURíDICAS INTEGRATIvAS. Às regras jurídicas

-atribuem as leis função de enchimento parcial da manifestação ~de vontade, que se impõem (regras jurídicas cogentes), ou que apenas provêem ao enchimento parcial, se os manifestantes da vontade nada determinaram sôbre algum ou alguns pontos. Ali, o sistema jurídico considerou acertado, em técnica legislativa, *limitar* a liberdade de determinação *(ius cogens).* Aqui, apenas se atende a que há pontos sôbre os quais seria de esperar-se que os figurantes manifestassem vontade e não manifestaram *(lus dispositivum).* Não se deve chamar às duas classes de regras jurídicas de que falamos regras jurídicas complementares, porque as regras jurídicas cogentes em verdade não completam: como que *iniciotm,* em vez de *completar,* o conteúdo do negócio jurídico.

No tráfico, alguns negócios jurídicos se enchem de certos -elementos de conteúdo, devido à frequência e diuturnidade dêles, „de modo que há enchimento complementar como se tivesse havido edicção de regra jurídica.

Aí, o uso do tráfico faz o jus *dispositivum.* Porém, às vêzes, o enchimento ganha em rigidez, a ponto de tipicizar o negócio jurídico, e os interessados não podem concluir qualquer negócio jurídico de tal tipo sem se subordinarem ao uso do tráfico. Cumpre, porém, atender-

se *a* que, se não há regra jurídica escrita, ou de uso que por algum modo se formulou explcitamente, como pode ocorrer com os costumes da praça (Código Comercial, arts. 131, inciso 4, e 673, inciso 3), pode haver elementos não explícitos que afastem a incidência da regra jurídica extralegal, se o seu carater é dispositivo, e não cogente.

Se houve dolo, ou coação, ou êrro de um dos figurantes em deixar que a regra jurídica dispositiva incidisse, pode ser suscitada a ação de anulabilidade, porque na omissão houve manifestação de vontade, dentro dos limites da liberdade de determinação do conteúdo, e *e~r hypothesi* ocorreu o defeito de vontade. Aliás, dá-se o mesmo se o figurante inseriu cláusula quanto ao ponto ou quanto aos pontos, a respeito do qual ou a respeito dos quais seria invocável a regra jurídica dispositiva, se nada se houver dito no negócio jurídico.

Quando, a propósito de regras jurídicas dispositivas, se diz que as inspirou uso do tráfico, ou a prática da vida, ou que em tais regras jurídicas se formulou ou codificou, o que era uso do tráfico, ou a prática da vida, desce-se ao exame do que se passou no plano *de inre condendo.* A regra jurídica dispositiva pode não ter tido qualquer inspiração do uso do tráfico, ou da prática da vida. À técnica legislativa, e não à exposição do sistema jurídico, é que pode servir a afirmação. Talvez sim, se é verdade que tal cristalização legal ocorreu, para se interpretar a regra jurídica dispositiva.

A regra jurídica dispositiva pode ser apenas *regra jurídica de recepção,* se, quanto a parte do conteúdo do negócio jurídico, diz que se há de atender aos usos e costumes; mas, aí, os usos e costumes, que eram usos do tráfico sem caráter de lei, passam a ser conteúdo de lei. Advirta-se, porém, que tais regras júridicas de recepção podem ser cogentes ou simplesmente interpretativas.

Sôbre *ius dispositivum,* Tomos 1, § 18; III, §§ 250, 1, 256.-4, 277, 1; V, § 544, 7; XX, § 2.489, 4; XXI, § 2.607, 2; XXII, 1 2.684, 4.

6.CLÁUSULAS NECOCIAIS DE ORDEM GERAL. Por vêzes, as emprêsas estabelecem cláusulas negociais gerais, isto é, cláusulas que se têm de considerar insertas nos negócios jurídicos, quaisquer que sejam os outros figurantes *(e.* g., sôbre prazos de entrega, prazos de pagamento, lugar de adimplemento; não-transmissão da propriedade, ou da posse e da propriedade, até que ocorra algum fato, direito de penhor sôbre o objeto entregue pelo cliente, cessação da responsabilidade dentro de alguns dias, ou outra cláusula de preclusão). Não se trata, aí, de regras

jurídicas, porque não provieram de lei, ou de fonte regulada por lei. A pura negocialidade persiste. Não se pode falar de uso e costume, porque a cláusula não proveio da comunidade. Sem razão, diz KARL LARENZ

(Lehrbuch des Schuldrechts, ~, 33 ed., 78) que ela funciona como norma de direito (cf. L. RAISER, *Das Recht der allgeineinen Geschiiftsbedingungen,* 59 s.).

Fixadas as cláusulas negociais de ordem geral, pode a emprêsa modificá-las *in casu,* porém tal atitude há de ser explícita.

Nenhuma razão têm os que sustentam não poderem as emprêsas formular cláusulas negociais de ordem geral se **a-.**

existe, para a espécie, direito dispositivo. O argumento maior, que ocorreria a respeito, seria o de poder o cliente contar com o *ins di,spositivum.* Porém tal argumento somente pesaria no caso de se poder supor que o cliente ignoraria a cláusula negocial de ordem geral. Aí, não teria havido a bilateralidade ou a plu-. rilateralidade, o que depende de alegação e de prova. Teria de ser examinada judicialmente a espécie ou o caso. A bilateralidade ou a plurilateralidade estabelece-se desde que o cliente conhece ou deve conhecer a cláusula negocial de ordem geral.

Não há, portanto, acoimar-se de unilateral a determinação do-conteúdo do negócio jurídico se feita em cláusula negocial de ordem geral.

A propósito, o que mais se há de encarecer é a importância da divulgação, quer no tempo, quer no espaço. Por exemplo:

o interessado que, de Brasília, pede a máquina à emprêsa de São Paulo, não pode estar sujeito a cláusula negocial de ordem-geral que foi concebida para as vendas no balcão, salvo, *e. g.,* se a oferta alude a informes que se acham em folheto onde também se encontram as cláusulas negociais de ordem geral.

A cláusula negocial de ordem geral pode ser *ilícita,* como ocorre a qualquer cláusula, inclusive pode infringir lei de usura (ei. G. IIAUPT, *fie allgemeinen Geschãftsbedingungen der Ranlcen,* 283 s.).

Tratando-se de uso do tráfico, não se pode discutir se a figurante do negócio jurídico o conhecia ou não o conhecia. *Á fortiori,* se há, sôbre o conteúdo do negócio jurídico, lei co-gente ou lei dispositiva, ou,

mesmo, lei interpretativa. Não assim, se em causa está cláusula negocial de ordem geral.

De onde se tira que o uso do tráfico estabelece lastro que pode ser desconhecido, por exemplo, por estrangeiro que passa pela cidade, ou pelo pôrto, ou pelo bairro em que está o aeroporto, sem que isso pré-exclua achar-se no conteúdo do negócio jurídico o que tal uso do tráfico assentou.

CAPITULO IV

INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS E PLURILATERAIS

§ 4.198. Conceito e natureza da interpretação dos negócios jurídicos

1.CONCEITO DE INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.

t

Interpretar negócio jurídico é indagar e revelar o significado que se deve atribuir à manifestação de vontade, ou às

-manifestações de vontade de que resultou o negócio jurídico. Pondo-se de parte o que possa ser indagação e revelação do conteúdo de regra jurídica cogente, dispositiva ou interpreta-Uva, a interpretação dos negócios jurídicos, sejam unilaterais.

sejam bilaterais, sejam plurilaterais, nada tem com a interpretação das leis, mesmo no sentido lato de interpretação das regras jurídicas.

A interpretação dos negócios jurídicos tanto pode concernir às manifestações de vontade expressas como às manifestações de vontade tácitas e às manifestações de vontade pelo silêncio. A conduta, no que revela vontade, é objeto de interpretação como qualquer outra manifestação de vontade (sem razio, R. LEONHARD, *Der Áligemeine Teu,* 348). Tanto se pode manifestar vontade por palavras como por gestos, ou por simpies comportamento. O que importa é que esteja no suporte fáctico. Se está, pode não haver certeza quanto ao que significa o elemento que nêle entrou.

- -2. NATUREZA DA INTERPRETAÇÁO D0S NEGÓCIOS JURÍDICOS.

A interpretação dos negócios jurídicos é ponto da inter-pretação dos atos jurídicos. Há a interpretação dos atos juridicos *strie-to sen-rnt* e a interpretação dos negócios jurídicos. Tôdas pertencem à *interpretação dos fatos juridicos,* porém aqui não nos interessa a interpretação dos atos-fatos jurídicos nem a interpretação dos fatos jurídicos *stricto sensu.*

A interpretação dos negócios jurídicos nada tem com a interpretação estética, a dogmática ou a histórica. O que se procura é a vontade de alguém, através dos dados de manifestação, trate-se de ato positivo ou de atos negativos.

Para isso, s intérprete tem de atender às concepções dominantes da vida, à linguagem empregada, ao uso do tráfico.

A indagação da *vontade* do legislador, quando está em causa interpretação de lei, ou, em geral, de regra jurídica, éreminiscência, que tem de ser condenada, de grupos sociais sw perados (cf. nosso Subjektivismus und Voluntarismos im Recht, *Archiv [1-ir Rechts- und Wirtschaftspkilosophie,* 16, 522-543).

a-.

Quando se interpreta o negócio jurídico, necessàriamente se declara o ato volitivo e se procuram os seus limites e o seu cçnteúdo. O primeiro enunciado implícito é o da existência do *negócio;* portanto, do suporte fáctico a que correspondem regras jurídicas sôbre negócios jurídicos. Depois, é o da sua validade. Finalmente, o da sua eficácia. Para se chegar às conclusões, tem-se de partir do exame do negócio para se saber se se fêz negócio jurídico, mas, para isso, se tem de dizer qual a lei que o rege, mesmo porque tal lei é a que rege a própria interpretação do negócio jurídico (ERNST ZITELMANN, *Internationajes Privatrecht,* II, 214 s.).

Tem-se, portanto, de distinguir da interpretação do negócio a apreciação da sua *juridicidade* (existência, validade, eficácia). Por outro lado, interpretando-se, vem-se a saber que incidiram regras jurídicas cogentes e regras jurídicas dispositivas; mas à própria interpretação dos negócios jurídicos a lei impõe regras jurídicas interpretativas.

~ preciso que se não considere interpretação a conversão tcf. Tomo IV, §§ 274-879, 408, 2).

1. SENTIDO DO NEGÓCIO JURÍDICO E FALTA DE PREVISÀO LITERAL. Fora da literalidade dos negócios jurídicos, há elementos de manifestação de vontade que servem para resolver questões que os figurantes não previram. Quando dois ou niais figurantes acordam no que concerne ao conteúdo do negócio jurídico bilateral ou plurilateral, não só assentaram sôbre aquêles pontos que explicitamente foram referidos: o fim objetivo ilumina pontos sôbre os quais os figurantes não dirigiram a sua lanterna. No negócio jurídico regula-se tudo que era indispensável que se regulasse. Interpretou-se o negócio jurídico e, apanhando-se-lhe o sentido, faz-se aparecer como se tivessem sido previstas soluções de problemas que se tinham de resolver conforme o sentido mesmo do negócio jurídico.

Se não há elementos de revelação do conteúdo do negócio jurídico, inclusive cláusulas negociais de ordem geral de origem unilateral mas vinculativas, à interpretação do negócio jurídico fica a função mais delicada, porém necessária, de apontar o que é que os figurantes teriam manifestado de vontade se tivesse sido, antes da conclusão do negócio jurídico, levantada a questão. Tem-se chamado a isso, sem razão, "vontade hipotética dos figurantes" *(hypothetische Parteiwitte)*. Em verdade, vontade houve, porque o intérprete, com a sua imparcialidade, apenas tem a missão de revelar o que não foi

manifestado, conforme o sentido e conforme a extensão do conteúdo negocial que se manifestou. Não basta que se saiba o que algum figurante teria manifestado, pois que o quisera, nem o que alguns figurantes teriam manifestado, pois que o quiseram. O outro figurante ou os outros figurantes podem não ter querido e não só não ter manifestado. É de prever-se o próprio caso de ser discrepante o que uns ou alguns quiseram e o que o outro ou os outros quiseram. O dono da tabacaria que alugou a loja vizinha a comerciante que tem diferentes gêneros de comércio, ou outro ramo de negócios que o de tabacaria, não pensou que o intuito do locatário fôsse o de montar tabacaria e de modo nenhum anuNria em tal exploração idêntica perto do seu ramo de negócio. O que o arrendatário *quer-ia,* pôsto que não houvesse manifestado, era, no fundo, aproveitar-se da clientela que o locador fizera, ou que recebera, legalmente, de outrem. Não se pode interpretar o contrato, integrando-o, com "hipotética vontade" que se chocaria com o uso do tráfico, a boa *fé* e os princípios jurídicos sôbre clientela.

O locatário não teria, sequer, a *ação de anulação por êrro,* uma vez que o Código Civil, no art. 90, afasta a anulabilidade por êrro sôbre as conseqUências derivadas do sentido e da extensão do negócio jurídico que êle concluiu (E. RHODE, *Die Willenserlclãrung und der Pflichtgedanke im Recktsverkehr,* 71; cp. KARL LARENZ, *fie Methode der Auslegung des Reditageschãfts,* 92).

A interpretação integrativa tem de manter-se simples interpretação, embora os seus resultados sejam além do manifestado. Tem de ater-se ao sentido do que se manifestou e do que completou o conteúdo do negócio jurídico.

Não pode chocar-se com o que algum manifestou, ou contra o que alguns dos figurantes manifestaram, pôsto que consiste na revelação do que não foi manifestado. Mais ainda: não pode ser contrária ao que não se manifestou no instrumento do negócio jurídico por ter sido oferecido e não ter sido aceito, como se o dono da tabacaria repeliu a cláusula pela qual o locatário poderia explorar o negócio de tabacos, ou se foi refusado exatamente o contrário. Se foi o locatário que se opôs a que se inserisse cláusula negocial proibitiva da exploração de tabacaria, a interpretação integrativa não pode ir a ponto de considerar vedada tal exploração. Não se manifestou, no instrumento negocial, a vontade da permissão, mas há elementos para se assentar que se não proibiu. Faltou a manifestação. Não faltou a vontade, o próprio acôrdo.

2. INTERPRETAÇÃO INTEGRATIVA E REGRAS JURÍDICAS COGENTES E DISPOSITIVAS. Tem-se de evitar qualquer interpretação integrativa que não resulte dos elementos do conteúdo do negócio jurídico. Se não é de exigir-se a obviedade, tem-se como necessária a clareza do raciocínio, da ligação das proposições reveladas ao fim do negócio jurídico, ao sentido e à extensão do conteúdo.

a-.

Onde há regras jurídicas dispositívas, não há pensar-se em procura de integração. *A fortiori,* onde há regras jurídicas cogentes. É possível, todavia, que se haja de integrar antes de se terem como invocáveis as regras jurídicas cogentes e as regras jurídicas dispositivas. Então, integrado o conteúdo, a integração não pode ir além do que a lei permite que o conteúdo vá, nem que se dê como conteúdo o que a regra jurídica dispositiva Implicitamente considerou que teria de ser manifestado expressamente para que ela não incidisse. Às vêzes, o *ius dispositivum* não incide se a interpretação integrativa pode ir até o seu campo. Mas isso não pode ocorrer se a própria lei, para incidir, exigiu *expressividade (e.* g., "...se não foi expressamente estabelecido o contrário"). Se, em vez de referir cláusula expressa <ou explícita) em contrário, a lei apenas proveu para o caso de "não haverem acordado diferentemente", a interpretação integrativa pode obstar à incidência da regra Jurídica dispositiva.

A regra jurídica cogente e a regra jurídica dispositiva apanham o conteúdo, ou para dar-lhe limites, ou para enchê-lo. A regra jurídica cogente que impõe faz conteúdo o que os figurantes talvez não queiram; a que proibe, não permite que até aí - vá a manifestação de vontade. A interpretação integrativa émeio para se dar ao conteúdo tôda a extensão que êle deve ter.

dentro do que pode ter.

A opinião corrente, segundo a qual a integração por interpretação deva vir, sempre, antes de se pensar em incidência de regra jurídica dispositiva, tem de ser posta de lado. O vedado ou o impôsto *(jus cogens)* pode ser a partir do ponto a que chegou a interpretação integrativa, porém pode, também, vir antes, de modo que se diga *a,* ou ~ *a,* e a manifestação de vontade após (lôgicamente) a, ou após não seja provedora do que se tem de revelar pela interpretação integrativa. Passa-se o mesmo com o estabelecido, posi- Uva ou negativamente, pelo *jus dispositivum:* a dúvida, oriunda da falta, em algum ponto, ou em alguns pontos, de manifestação de vontade, pode estar situada

após a incidência da regra jurídica díspositiva, como pode estar antes, e a regra jurídica dispositiva encher o vazio que se segue à resposta. São regras jurídicas dispositivas, entre outras, no Código Civil, as dos arts. 810, II (Tomo XX, § 2.489, 4), 874, 1.~ parte (Tomo XXII, § 2.698, 2), 875, 1.a parte (Tomo XXII, § 2.698, 2, 3), 884 (Tomo XXII, §§ 2.701, 2, 2.704, 1, 2), 889 (Tomo XXII, § 2.746, 1), 1.031, § 89

(Tomo XXII, § 2.756, 8), 1.073 *O* 1.074 (Tomo xx~íí, § 2.882, 2, 3), 1.066 (Tomo XXIII, § 2.827, 2), 1.062

(Tomo XXIV, § 2.892, 1), 1.094 (Tomo

XXIV, § 2.925, 2), 1.096 (Tomo XXIV, § 2.926, 4), 998 (Tomo XXIV, § 2.925, 1), 996 (Tomo XXV, § 8.001, 2), 1.081, §§ 1.0, 29 e 39 (Tomo XXV, § 3.044, 1), 918 (Tomo XXVI, § 3.118, 1), 1.099 e 1.100 (Tomo XXVI, §§

8.162, 2. e 8.168, 2), 1.478 (Tomo XXVIII, § 8.355, 2), 1.072 (Tomo XXXII, § 3.705, 8). No Código Comercial, por exemplo, art. 137 (Tomo XXIII, § 2.808, 1).

8. NEGÓCIOS JURÍDICOS FORMAIS. Se ao negócio jur!

-dico se exige forma especial, a interpretação integrativa não pode integrar a manifestação de vontade de jeito que haja referência a vontade a que não se deu a forma especial.

4. ÉRRO E PARTE INTEGRANTE. A parte que se acrescentou por meio de interpretação integrativa não pode ser atingida por alegação de êrro (PAUL OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkerssitte,* 178; A. MANIGK, *Irrtum und Auslegung,* 174). A anulabilidade somente pode concernir ao que foi manifestado, pôsto que, atingida a manifestação, possa ser ilegítima a conseqUência que se tirou, partindo-se do que se anulou.

§ t200. Regras juridicas interpretativas

1. “RIS INTERPRETATIVUM”. Interpretar é revelar. A regra jurídica interpretativa é bis, impõe-se ao intérprete como o caminho, legalmente marcado, para se chegar à interpretação. A opinião,

franco-italiana, que reduzia as regras jurídicas interpretativas a meras regras técnicas, aconselhadas, pela lei, aos juizes e demais intérpretes, foi repelida, acertadamente. A regra jurídica interpretativa é regra jurídica como

-qualquer outra. Distingue-se das regras jurídicas dispositivas em que as regras jurídicas interpretativas supõem que tenha havido manifestação de vontade do figurante, ou dos figurantes, ao passo que as regras jurídicas dispositivas são feitas para o caso de não ter havido manifestação de vontade. Sôbre c *jus interpretativum,* Tomos 1, § 18, 1; III, §§ 250, 1, 256, 5; V, § 544, 7; XI, § 1.191, 5; XII, §§ 1.276, 4, 1.296, 8; XIII, §§ 1.446, 4, 1.529, 4; XXII, § 2.684, 4; XXIII, § 2.772, 3, 2.778, 8, 2.802, 5; XXIV, § 2.927, 3; XXV, § 8.065, 2; XXXIV, § 3.848, 2.

§ 4.200. REGRAS JURÍDICAS INTERPRETATIVAS

a-.

Na revelação do conteúdo do negócio jurídico, primeiro tse atende ao que é c

ogente. Onde há

manifestação de vontade, a regra jurídica interpretativa é que se há de invocar, antes das regras jurídicas dispositivas, porque só após se saber o que -se revelou é que se pode apontar o que falta.

Quanto às chamadas *regras juridicas de presunção,* entram nas classes das regras jurídicas cogentes, ou das regras jurídicas dispositivas, ou das regras jurídicas interpretativas, razão ~por que não se justifica tratá-las à parte.

2.NATUREZA DAS REGRAS JURÍDICAS INTERPRETATIVAS. ~O intérprete tem de aplicar a regra jurídica interpretativa.

Também a respeito de tais regras jurídicas há a distinção „entre *incidência* e *aplicação.* Também a infração de tais regras jurídicas suscita a invocabilidade do art. 858 do Código de Processo Civil e a do art. 101, III, a), b), *c)* e á), da Constituição de 1946.

A regra jurídica interpretativa atribui à manifestação de vontade, tal como ocorreu, o sentido que a lei determinou.

Não se busca o que o figurante queria ou o que os figurantes queriam. A lei diz o que êle quis, ou o que êles quiseram. A regra jurídica interpretativa dirige-se ao figurante, ou aos figurantes. No momento em que alguém manifesta a vontade, sabe que a regra jurídica interpretativa *incide.* O intérprete, inclusive o juiz, apenas a *aplica.*

Os figurantes que não atendem -a isso não podem conhecer, com exatidão, o que estão manifestando.

A opinião que via na regra jurídica interpretativa regra jurídica que só se dirigia aos intérpretes, particularmente aos juizes, ou que a representava dirigida, principalmente, ao juiz -e aos outros intérpretes, era fruto do êrro de não se ver que a função do intérprete, inclusive do juiz, é apenas a de *aplicar* a regra jurídica interpretativa.

Temos, portanto, de afastar o que a respeito dos destinatários das regras jurídicas interpretativas escreveram E.

DANZ *(Die Auslegung der Recht-sgeschãf te,* □

2 a ed., 84 s.), CESARE GRAsSETTI *(L"Interpretaziofle dei Negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti,* 25 e 30) e outros, que os repeliram. O figurante tem interêsse ou os figurantes têm interêsse, pois que não podem ignorar a lei, em manifestar a vontade dentro do que a lei lhe permite e sabendo como os intérpretes, inclusive o juiz, têm de-entendê-la, por sua função interpretativa, ou por dever de aplicação das regras jurídicas interpretativas. Se são duas ou mais pessoas os figurantes, tôdas têm de conhecer a lei e precatar-se contra a regra jurídica interpretativa, se não é conveniente, ou contar com a sua aplicação, se é conveniente. Todavia, é indiferente o que o figurante pensava ou o que os figurantes pensavam; não importa, sequer, que tenham ignorado-a lei (cf. PAUL

OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkerssitte,* 66 sj, ou a tenham entendido erradamente.

8.FUNÇÂO DO JUIZ. Na aplicação das regras jurídicas interpretativas, regras de direito material, e não de direito processual ou formal, a função do juiz é a mesma que êle tem a respeito de quaisquer outras regras de direito material. Não está a interpretar, mas a aplicar regra jurídica interpretativa. A "interpretação" foi estabelecida pela lei, exatamente para que não haja campo para a interpretação pelo

intérprete, inclusive pelo juiz.

§ 4.201. Interpretação autêntica do negócio jurídico

1.CONCEITO. Diz-se interpretação autêntica do negócio jurídico a que é feita pelo único figurante, ou pelos figurantes. Aqui, cumpre que se distinga da interpretação autêntica do negócio jurídico, bilateral ou plurilateral, a interpretação autêntica da manifestação de vontade. Ali, a interpretação é do convencionado; aqui, quem fêz a manifestação de vontade *diz* qual o seu conteúdo.

Certamente, se se trata de negócio jurídico unilateral, principalmente se não receptícia a manifestação de vontade, a autenticidade da interpretação da manifestação de vontade coincide com a autenticidade da interpretação do negócio jurídico. Uma só pessoa, ou as pessoas do lado único manifestaram a vontade de que resultou o negócio jurídico unilateral: interpretar a manifestação de vontade com que se concluiu o negócio jurídico é interpretar o negócio jurídico concluído. Se receptícia a manifestação unilateral de vontade, não deixa de ser autêntica a interpretação que dela faça quem a lançou. Temos de repelir a opinião daqueles que subordinam a autenticidade da interpretação dos negócios jurídicos unilaterais, se receptícia a manifestação de vontade, à bilateralidade das declarações interpretativas. Seria confundir-se com a interpretação pelo figurante a interpretação pelo estranho, que apenas recebeu a manifestação de vontade *(e. g.,* EMILIO BETTI, *Teoria Gene-rale del Negozio giuridico,* 211). O fato de o receptor contradizer o figurante pode diminuir o valor probante da interpretação autêntica, **a-.**

porém de modo nenhum a sua concordância ~ elemento necessário de autenticidade, quanto à manifestação de vontade unilateral e, pois, quanto ao negócio jurídico unilateral que dela resultou.

Se bilateral ou plurilateral o negócio jurídico, a interpretação tem de ser de dois figurantes ou de todos os figurantes para que se possa pensar em interpretação autêntica do negócio jurídico. Se cada um dos figurantes tem a sua interpretação, nenhuma delas se pode considerar interpretação autêntica do negócio jurídico.

2.DIsTINÇõEs QUE SE IMPOEM. Cumpre que se considerem separadamente a *interpretação autêntica do negócio jurídico* e o *negócio jurídico declarativo,* em que os figurantes do primeiro são figurantes do

segundo, cujo conteúdo é declaração do conteúdo do outro, mas declaração negocial.

A propósito da interpretação autêntica do negócio jurídico como do negócio jurídico declarativo, convém frisar-se que os terceiros não ficam subordinados ao que os figurantes firmaram, na interpretação autêntica ou no negócio jurídico declarativo, pôsto que se possam aproveitar da interpretação autêntica ou do negócio jurídico declarativo.

A interpretação autêntica do negócio jurídico também não se confunde com a declaração reprodutiva, porque reproduzir não é interpretar. Quem reproduz produz mais uma vez o que se produzira. Quem interpreta põe-se (etimológica e juridicamente) entre quem disse e quem quer entender.

8.PROVA E INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA. A interpretação autêntica, feita com os requisitos formais das declarações processuais ou extraprocessuais, serve de prova contra quem autênticamente interpretou a manifestação de vontade, ou‟ o negócio jurídico.

§ 4.202. Objeto da interpretação dos negócios jurídicos e meios de interpretar 1. OBJETO DA INTERPRETAÇÃO. Quem interpreta põe-se entre o que foi manifestado, expressa ou tàcitamente, ou pelo silêncio, nas circunstâncias em que se manifestou a vontade e o que alguém há de entender.

No étimo *(inter pres),* a pessoa fica entre duas pessoas, pelo menos. Mesmo no tocante a negócios jurídicos, o que importa é a posição entre duas ou mais pessoas, que são o manifestante da vontade ou os manifestantes da vontade e os que têm interêsses em que se explicite o conteúdo do negócio jurídico. Não se interpretam somente as palavras, escritas ou faladas. Interpreta-se o que foi manifes-. tado e até mesmo o que o integra. Por isso, há a interpretação integrativa.

Não só. No interpretar-se o que foi manifestado, pode-se afirmar ou negar que tenha havido falta de manifestação em algum ponto, ou em alguns pontos. Então, a interpretação estabelece que em nada se vinculou ou se deixou de vincular naquele ponto, ou naqueles pontos. A incidência da regra jurídica dispositiva, essa, evidentemente, independe da opinião do intérprete, tanto mais quanto o vazio pode existir como pode não existir.

O intérprete, nos negócios jurídicos bilaterais, está diante de

manifestação de vontade de A e de manifestação de vontade de B, cercado pelo modo de conduzir-se de A e de fl e pelas circunstâncias. O intérprete como que se vira para um lado e para o outro, sem deixar de apontar a vinculação que resultou. A interpretação tem por objeto mostrar o conteúdo do que foi bilateralmente acordado, com o significado das manifestações de vontade e da conduta dos figurantes.

Por outro lado, é de mister atender-se que não se inter-. preta o instrumento; interpreta-se o negócio jurídico que foi instrumentado. Se não houve instrumento, a interpretação tem o mesmo objeto. Não só se interpreta o que consta do instrumento; também se interpreta o que está fora dêle, porque o negócio jurídico é um todo, mesmo quando a dúvida só se refere a um dos pontos, ou a alguns dos pontos (cf. A. WACH, *Die Tat- und Recizisfrage,* 27; F. STEIN, *Das private Wissen des Richters,* 128; FRANz LEONHARD, Die Auslegung der Rechtsgeschãfte, *Archiv 11k die civilistische Prazis,* 120, 21). Assim, a interpretação atende a todo o suporte fáctico do negócio jurídico, e não só ao teor conclusivo, às cláusulas e proposições restringentes ou dilatantes.

Se a lei exige *forma especial,* o que não consta do instrumento público ou particular que se exigiu não é manifestação expressa de vontade. Assim, o que foi objeto de punctaçóes e discussões anteriores à assinatura não pode vir à balha para o exame pelo intérprete. Anteriores à assinatura, dissemos; -porque tal afastamento concerne às próprias ofertas, recusas e outras controvérsias ou entendimentos posteriores à lavratura do instrumento e posteriores a ela. Na jurisprudência e na doutrina, por isso se diz que se *preswine* a completitude do instrumento.

Em todo o caso, se o instrumento enfeixa o que se punctou ou o que se concluiu após discussão, ou se os elementos extra instrumentais são atinentes ao que se manifestou no instrumento, apenas servindo para clarear-lhe o conteúdo, sem qualquer integração de origem extra-instrumental, ou correção, não se pode seguir a **a-.**

teoria da interpretação da manifestação instrumental "per se".

2.LINGUAGEM E INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.

Se há instrumento, escrito ou de gravação, é óbvio que se tem de partir do texto literal ou oral gravado. As regras gramaficais e o uso da linguagem impõem-se ao intérprete, como a todos os que falam a mesma língua. Tem-se de atender à terminologia técnico-jurídica,

pôsto que as correções que a ciência fêz à linguagem da lei, ou dos juristas, ou dos juizes, tenham de ser feitas, se os figurantes mesmo não as fizeram *(e.* g., "em caso de resolução por inadimplemento", expressão em que o figurante ou os figurantes já evitaram "rescisão"). Se o suporte táctico do negócio jurídico é colorido por duas ou mais leis, ou outras regras jurídicas, cada lei ou regra jurídica que incide dá a sua linguagem. São de evitar-se o apêgo aos têrmos,contra o que a sistemática jurídica permitiria, e os excessos logomáquicos.

8.VONTADE ("INTENÇÃO") DO FIGURANTE OU DOS FIGURANTES. O próprio Código Civil, no art. 85, diz que, "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

Parte-se, no exercício da função interpretativa, do texto literal, se o há; porém não se há de ater o intérprete à letra do instrumento. O que importa é o *que se quis;* portanto, o que existiu em verdade, e não o que aparece. A investigação de tal vontade tem de procurar qual a vontade interna, no que ela se manifestou ou pode ser revelada por integração. Não se pode acolher, contra o que se inseriu no instrumento e contra os usos do tráfico ou contra o que se pode revelar por integração do conteúdo, a vontade interna, que não veio à tona, que não se manifestou mas seria revelável.

4. Usos no TRÁFICO. Os usos legais do tráfico, os usos e costumes, somente compõem regras jurídicas (direito consuetudinário), se se tornaram tais, isto é, se passaram a ser regras jurídicas por imposição da coletividade, através de uso prolongado e ininterrupto, mediante ato de autoridades administrativas ou de juizes. O direito consuetudinário pode ser infringido pelo juiz, mesmo que se firme em texto legal considerado ab-rogado ou derrogado pelos usos e costumes.

Aqui somente nos interessam os usos e costumes, o uso do tráfico, que funciona como elemento do suporte fáctico do negócio jurídico, e não como regra jurídica que incide sobre osuporte fáctico. O uso do tráfico entra no suporte fáctico, como *vontade* do figurante ou dos figurantes, que, concluindo o negócio jurídico, *quiseram* como a generalidade sói querer. À interpretação dos negócios jurídicos servem, relevantemente, os usos do tráfico. Em caso de dúvida, é de entender-se que o sentido do que se disse na manifestação de vontade ou nas manifestações de vontade coincide com o que está assente no uso do tráfico.

Os usos do tráfico podem ser elementos que entrem no suporte fáctico integrando o conteúdo do negócio jurídico.

ou elementos para interpretação dos negócios jurídicos. Mesmo se entram como elementos do suporte fáctico, não se confundem-. Sem com os usos e costumes, direito consuetudinário ou direito costumeiro, opinião insustentável de E. DANz (Laienverstand und Rechtsprechung, *Jherings Jahrbiicher, 88,* 454 5.; *Die Auslegung der Rechtsgesch&f te,* § 15; Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz, *Jherings Jahrlriich,er,* 54, 1 s.), e II. STAUB *(Kommentar rum Handelsgesetz* bnúh, □

11 a ed., 1, 7 s.>. A opinião certa está,

hoje, assente, em P. OERTMANN *(Rechtsordnung und Verkerssite,* 847 s.). Sôbre as duas espécies, Tomos 1, §

20, 2, e III, § 256, 4; e *Comentários ao Código de Processo Civil,* Tomo III, 445-449.

Os usos e costumes, uso do tráfico, quer se trate de usos e costumes regras jurídicas, quer se trate de simples usos e costumes que enchem conteúdo de negócios jurídicos como elementos do suporte fáctico, podem ser *interpretativos.* Então, ou são regras jurídicas de interpretação, ou são enunciados que dizem como se entendem as manifestações de vontade.

□Os usos do tráfico são, quase sempre, usos comerciais, bolsísticos, de seguros, ou industriais. Ora servem a completar o conteúdo do negócio jurídico, ora para entendimento do que foi dito (usos do tráfico interpretativos), ora para apreciação das circunstâncias. Se há dois ou mais figurantes ou se a manifestação de vontade é receptícia, o conhecimento geral dêles é essencial para que possam ser invocados. Se, a respeito do mesmo ponto, ou de alguns pontos do negócio jurídico, ou de todos, há usos de tráfico diferentes, ou um dêles prepondera, como se estabelece para a própria linguagem, a cujos princípios se há de recorrer, ou o uso do tráfico somente compreende as duas ou tôdas as zonas e usos do tráfico local.

A interpretação tem, ai, função delicada, porque nos negócios jurídicos bilaterais e nos negócios jurídicos plurilaterais se há de exigir o acôrdo e somente se pode pôr de lado o que pensava (queria sem manifestar) qualquer dos figurantes se tinha de ater-se, por seu silêncio, ou por sua omissão, ao uso do tráfico.

Por vêzes, os figurantes mesmo se submetem aos usos do tráfico, ou os

supõem, com ou sem explicitude.

a-.

Exemplo digno de menção é o dos negócios bursáteis, o que, em princípio, afasta a anulabilidade por êrro (Código Civil, arts. 86-91).

Estatui o Código Comercial, art. 291: “As leis particulares do comércio, a convenção das partes, sempre que não lhes fôr contrária, e os usos comerciais regulam tôda a sorte de associação mercantil; não podendo recorrer-se ao direito civil para a decisão de qualquer dúvida que se ofereça, senão na falta de lei ou uso comercial”. “Lei” está no art. 291 no sentido de regra jurídica; abrange, portanto, as regras jurídicas feitas pelo Poder Legislativo, as regras jurídicas regulamentares e outras que as autoridades administrativas possam fazer e o direito costumeiro.

“Usos comerciais‟, no ad. 291, não são regras jurídicas: são os usos do tráfico negociais.

No sistema jurídico brasileiro, as fontes do direito comercial são o Código Comercial e as leis comerciais, o direito civil e os usos comerciais, pôsto que, às vêzes, o Código Comercial faça passar ao segundo lugar antes, pois, das leis civis os usos comerciais *(e. g.,* Reg. n. 787, de 25 de novembro de 1850, art. 29: “Constituem legislação comercial o Código do Comércio e, subsidiàriamente, os usos comerciais (ad. 291, Código) e as leis civis (arts. 121, 291 e 428, Código). Os usos comerciais preferem às leis civis somente nas questões sociais (art.

291) e nos casos expressos no Código”.

Os *usos comerciais* a que se referem os arts. 121, 291 e 428 do Código Comercial ou o ad. 29 do Reg. n. 787 são usos do tráfico negociais, e não regras jurídicas (Supremo Tribunal Federal, 2 de outubro de 1920, *E. do S. 72. F.,* 26, 329). O direito costumeiro, que é outra coisa, integra-se no sistema jurídico, sob o nome de “lei”.

Usos-leis só a revelação do direito feita pelos juizes, ou constante de prática reconhecida pelos juizes, pode apontar.

Os usos comerciais são *assentados* pelas Juntas Comerciais ou de costumes, mas isso não impede que o juiz, na interpretação dos negócios jurídicos, atenda a êles. O art. *99* do Decreto n. 20.881, de

30 de dezembro de 1931, diz: “Contra o assento, regularmente feito na forma do art. *79,* suas alíneas e parágrafos, é inadmissível qualquer contestação que não seja sôbre a identidade do caso; contra o atestado, porém, é inadmissível qualquer prova”. -

Os usos comerciais ou são de todo o Brasil, ou de alguma entidade estatal interna, ou de região, ou de determinada praça.

Podem ser especiais a determinado ramo de negócio (bancos. bOlsas, comércio em grosso, comércio a retalho, comércio de café, comércio de cacau, comércio de ferro, comércio de pedras preciosas, comércio de açúcar).

Os usos e costumes, a que se refere o Código de Processo Civil, art. 259, não são o direito consuetudinário de que tratou o ad. 212 do mesmo Código, não são as regras de direito costumeiro. São o que se costuma ou se usa fazer.

Os velhos processualistas cometiam êsse êrro de confundir o costume norma jurídica e o costume ato ou série de atos, em todo caso mera habitualidade de ato. A mesma confusão observava-se entre interpretação das normas jurídicas e interpretação dos negócios jurídicos. Os usos comerciais não são regras jurídicas; são. simplesmente, usos. Há usos dos carpinteiros, usos dos ferrei *tu,* usos dos banqueiros, usos dos comerciantes, ou dos corre.tores (cp. Código Comercial, arts. 154, 169, 176, 186, 201 e 291). O próprio Código Civil, no art. 1.210, mandou que, não havendo estipulação em contrário, se regule o tempo da locação de prédio urbano pelos usos locais. E o art.

1.218 do Código Civil, a pro$alto de locação de serviços, remeteu a fixação da retribuição ao costume local. Nem por isso o direito civil adotou tais costumes como fontes de regra jurídica. São usos. negociais, quer se trate de usos dos negócios convencionais, quer das declarações unilaterais de vontade, como os usos dos emissores de títulos ao portador, os usos dos concursos, os usos das loterias. Parte dêles são os usos comerciais. Meras práticas gerais, limitadas a certos lugares, ou a certas profissões, como os usos dos sindicatas. Com êles faz-se a parte tácita dos negócios jurídicos, enchendo-se com os usos e costumes, em vez de atos explícitos, o espaço deixado à autonomia da vontade. Às vêzes são subentendidos; outras vêzes, referidos. Desde L. GCLDSCIIMIDT, no *Haaulbueh* (1, 829-887), e PAUL LABAND, no artigo “Die Handelsusance” *(Zeitschrift flir das gesamte Handelsrecht,* 17, 466-511), que se distinguiram, com exatidão, o “uso da vida” e a “regra jurídica costumeira” (cf. F. REGELSEERGER, *?andekten,* 1,

100-102). Depois disso, ainda continuaram a confundi-los AUBR-y e RATa, BAUDRY-LACANTINERIE e HOUGIJES

FOIJRCADE, Ou. BETmANT, etc. Talvez haja sido E. THALLER quem primeiro corrigiu (1898) o êrro nos povos latinos, no seu *Tratado elementar de Direito comercial.*

Ofato de haver no uso negocia] elemento comum ao direito costumeiro não basta para fazê-los um só. Os usos negociais podem ser postos inteiramente de lado pela vontade negocia], ou lhes suprir ou lhes interpretar a vontade. Falta-lhes a fixidez da regra jurídica, ainda dispositiva ou interpretativa, ou de arbítrio. A lei dispositiva supõe *falta* de declaração de vontade negocial; os usos ou costumes supletivos (note-se a inversão) supõem, ainda sem *expressão,* a intenção dos figurantes. Não há usos ou costumes dispositivos, há-os supletivos; não há, a rigor, usos ou costumes interpretativos, há usos ou costumes que *exprimem.* Não são regras sôbre declarações de **a-.**

vontade; são vontades. Podem ser mesmo "usos" e "costumes" de certa pessoa, de certa família, e servir ao juiz para *lhe* conhecer a vontade. É interessante notar-se que E. REGELSEERGER *(Pand,ekten,* 100) viu isso em 1893, e os repertórios brasileiros estão cheios de alusões aos hábitos das pessoas, para lhes extrair o conteúdo de vontade em certos negócios.

Lê-se no Código de Processo Civil, art. 259: "Os usos e costumes, em geral, provar-se-ão pelos meios admissíveis em juízo". A parte deve alegar os usos e costumes ao ter de narrar o fato (Código de Processo Civil, arte. 158, III, e 180), e indicar o meio de prova que tem, dispensando-se a produção de documento em que se ache, quando se dê algum caso do art. 159, parágrafo único *(e. g.,* se se trata de uso de algum sindicato e os papéis, que o provam, estão com o réu). A respeito dêles não há *quaestio inris,* mas *quaestio facti.* Portanto, não se lhe aplica o *lura novit curia.* Se limitados a alguma família, ou pequeno grupo, não dispensam a prova de serem conhecidos pelas partes *(aliter,* quanto ao direito costumeiro, cf. art. 212). Não podem ser *deduzidos* de outra regra, ou de outros usos e costumes, como se daria com a regra jurídica (P. LABAND, *Zeitschrift,* 17, 490, 491 s.) e admitem as variantes devidas aos fatôres psicobiológicos de cada indivíduo (E. LABAND. 17, 491), o que a regra jurídica, abstrata como é, afasta. A violação do uso ou costume, no sentido dos arts. 259-262 do Código de Processo Civil, não é fundamento para a ação rescisória (Código de Processo Civil, art. 798, 1, o) ; ao passo que o e a violação do costume, no sentido do art. 212. Se o uso ou costume se transforma

em regra de direito costumeiro, deixa de ser uso ou costume no sentido dos arts. 259-262 do Código de Processo Civil para ser costume no sentido do art. 212.

A regra jurídica do art. 259 do Código de Processo Civil é completa, cogente e pleni-eficaz. O Conselho de Justiça do Distrito Federal, a 16 de janeiro de 1941 *(A. J.,* 57, 230), disse-a "facultativa", e não cogente, confusão lamentável entre a distinção "imperativa"-"dispositiva" e a distinção "exclusiva"∼"não -exclusiva". Dispositiva, ou facultativa, de modo nenhum o e a regra. Imperativa para as partes, e para o juiz (como tOdas as regras de direito processual), é que ela é. O acórdão acrescenta que o art. 260 não é "de natureza imperativa, de modo a obrigar o juiz à sua aplicação". Nova confusão. O que o Conselho deveria enunciar era que a regra do art. 260 não torna restrita à certidão a prova dos usos e costumes: usos e costume& provam-se por outros meios *(e. g.,* livros que os mencionem) e nÃo só de acôrdo com o art. 260. A regra é não-exclusiva, porém nunca "facultativa" No Código de Processo Civil, art. 260, estatui-se: "A prova dos usos e costumes comerciais de praça nacional far-se-á por certidão das repartições incumbidas do respectivo registo". Entenda-se: usos e costumes de cada praça, ou das praças de alguma região, ou do país. O órgão competente para registá-los é matéria de leis especiais. Note-se que essa prova só se refere aos usos e costumes comerciais. Aliás, os arts. 261 e 262 são apenas relativos a êles. Quanto aos usos e costumes "em geral", a prova dêles é qualquer que o Código de Processo Civil reconheça, salvo se alguma lei especial tiver restringido a admissibilidade das provas a respeito de algum ou alguns dêles.

Diz o art. 261 do Código de Processo Civil: "Os usos e costumes comerciais estrangeiros provar-se-ão por ato autêntico, devidamente legalizado, do pais em que se tenham originado". O Reg. n. 737, de 2.5 de novembro de 1850, ad. 216, previa, além do ato autêntico do país ao qual se refere o uso, a eventual certidão extraída da secretaria do Tribunal de Comércio (que foi instituição existente no direito anterior). O Código de Processo Civil exige ato autêntico não só a certidão o é devidamente legalizado (firmas reconhecidas, traduzido, etc.). t a lei do país em que se fêz o "ato autêntico" que define a forma da autenticidade. A "prova" admitida para as regras de direito costumeiro, ainda estrangeiro (livros de doutrina, repertórios da jurisprudência), não basta; nem pareceres de jurisconsultos, que seriam, a critério do juiz, suficientes para a prova dos casos referidos no art. 212 do Código de Processo Civil.

O direito estrangeiro pode dizer qual a prova.

Está no Código de Processo Civil, art. 262: “O juiz ou tribunal, que julgar provado uso ou costume comercial, remeterá cópia da decisão à repartição competente para ser registada e arquivada”.

Fonte:o Reg. n. 737, art. 222. Se o juiz, julgando provado uso ou costume comercial, remete, como é do seu dever, a cópia de que fala o art. 262 do Código de Processo Civil (cópia autenticada), o registo e arquivamento não emprestam ao uso ou costume caráter de regra jurídica: apenas têm o efeito colecionante de juntar, com o registo e o arquivamento, provas que foram feitas de usos e costumes *comerciais,* O art. 262 não distinguiu usos ou costumes comerciais brasileiros e usos ou costumes comerciais estrangeiros. Não se pode interpretar O Código de Processo Civil com o fato de haver, ou não, a repartição competente. O ad. 260 é concernente aos usos e costumes brasileiros; o art. 261, aos usos e costumes estrangeiros; o art. 262, aos usos e costumes assim brasileiros como estrangeiros.

Os usos *e costumes* não se confundem com as *máximas de experiência:* essas são proposições (enunciados) *sóbre* fatos; os usos e costumes são fatos, que soem acontecer. A máxima de experência aprecia fatos; os usos e costumes, sendo fatos, apenas podem ser tidos como *vida,* e não saber *sóbre a vida.* Nêles não há a contemplação **a-.**

que se nota nas *máximas de experiência.*

A infração dos usos e costumes não é infração de *lei.* A referência da sentença a êles é referência a fatos, e não a regra jurídica. Não há confundir tais usos e costumes com o direito consuetudinário, com o *costume* regra jurídica. Não cabem na *premissa* maior da sentença. O assunto é da máxima relevância em se tratando de ação rescisória e de recurso extraordinário.

Entre os usos e costumes está o de serem debitados, imediatamente, disse a 2Y~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 21 de outubro de 1952 *(E.* E., 150, 809), os cheques, sendo inadmissível a contra-ordem de pagamento. Para se destruir o lançamento, há dois caminhos: depositar-se em nome do passador a quantia entregue ao portador, ou endossado; apresentar o sacador o cheque visado, com o cancela.mento pelo passador, para que o banco lhe credite a quantia, referindo-se ao cancelamento e guardando o cheque, como se fêsse cheque pago, ou metade do cheque.

Todavia, a afirmação de poder ser cancelado o cheque visado, dando-se contra-ordem para o não-pagamento, *seria* ofensiva do sistema

jurídico. O visar-se o cheque é constringir-se, desde já, a provisão, e dizer-se que se pode dar contra-ordem, sem se inutilizar o cheque, seria ferir-se o conceito jurídico de cheque visado. O que é uso e costume é lançar-se desde já o cheque "como se" estivesse pago; porém há regra jurídica, não escrita, que se pode formular nos têrmos seguintes:

"Visado o cheque, fica pelo menos constrita (= destinada ao pagamento) a quantia".

Não há recurso extraordinário, nem revista, nem ação rescisória de sentença, por infração de uso e costume, porque não há, ai, *quaestio iuris.*

Sob o Decreto n. 20.881, de 80 de dezembro de 1931, relativo ao então Distrito Federal e, hoje, ao Estado da Guanabara e à Brasilia, continuou a atribuição de ter a Junta de Corretores de Mercadorias a iniciativa da fixação das *praxes e usos comerciais,* ou a fixação, se algum interessado o requere (ad. 6.~). Diz o art. 7,0 do Decreto n.

20.881: "Para que possa a Junta dos Corretores adotar oficialmente praxes e usos comerciais, torna-se necessário que não sejam contrários a qualquer disposição de lei e tenham sido satisfeitas as exigências enumeradas nos itens seguintes: *a)* inquérito em que serão ouvidas dez ou mais emprêsas ou firmas industriais ou comerciais diretamente interessadas no ramo em causa; 6) aprovação , em sessão especial da Junta, dos fundamentos justificativos da resolução a adotar; e) publicação no *Diário Oficial,* por três dias consecutivos, da ata da sessão em que foi discutida a resolução; *d)* afixação dêsses documentos na Secretaria da Junta e no salão da Bôlsa de Mercadorias; *e)* aprovação em assembléia geral dos corretores, especialmente convocada, de cuja ata constem os votos vencidos e a justificação dêstes, se os houver; 1) aprovação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; g) transcrição, em livros próprios, da resolução que tomará número de ordem e, bem assim, das atas supra-referidas e da aprovação exigida na alínea anterior; 3%) pubIicaçao , no *Diário Oficial,* e afixação, na Secretaria da Junta e no salão da Bôlsa, da resolução a adotar, quando aprovada e transcrita, com o seu número de ordem e a data da transcrição". Acrescenta o § 1.0: "As praxes e usos comerciais adotados com as formalidades do presente artigo tornam-se obrigatórios desde a data da transcrição e a prova respectiva será feita mediante certidão passada pela Secretaria da Junta dos Corretores, com a indicação da data da transcriçâo". E o ~ 2.0:

“Quando a legalização da praxe e dos usos comerciais se fizer a requerimento de interessados, por conta dêstes correrá a respectiva despesa”.

No art. 82, estabelece o Decreto n. 20.SS1: “Tratando-se de casos que, segundo o Código Comercial, são regulados pelos usos comerciais, devem êstes ser provados pelos assentamentos feitos na Junta dos Corretores, nos têrmos do artigo anterior~ ou, na falta dêsses assentamentos, por atestado da mesma Junta expedido em virtude de reso1ução tomada em sessão especial”. No art. S.0, parágrafo único: “Para que possa a Junta dos Corretores passar atestado a respeito de praxes e usos comerciais, sao necessárias informações pelo menos de cinco emprêsas ou firmas comerciais ou industriais, que tenham relação direta com a espécie em causa, prêviamente consultadas, mediante questionário formulado pelo síndico”.

5.FINALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO E SENTIDO DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. Nas relações entre os sêres humanos, algumas precisam de jurídicidade. Para isso, conforme as necessidades e os desejos de cada um, procura-se o negócio jurídico de cuja eficácia resulte o que se quer. A manifestação de vontade tem de ter por fim a eficácia que satisfaça essas necessidades e êsses desejos. Dai a missão do intérprete quanto a ter de encontrar o conteúdo querido, isto é, a finalidade

mesma do negócio jurídico. A manifestação de vontade, integralizâvel segundo regras jurídicas ou segundo método de interpretação, é o que pode conter o sentido, o fim do negócio jurídico. Nem tudo há de estar na manifestação de vontade, porque ela mesma pode ser integrada; porém nada pode ser somado a eia, sem derivar **a-.**

dela. A chamada *teoria da declaração* deixa de atender a que nao só às palavras se há de atender; também se há de considerar tudo aquilo através do qual, sem a atenção às circunstâncias, ou com atenção a elas, se haja de considerar manifestação de vontade (e. g., manifestações de vontade feitas por sinais, ou por *fada ooncbudentiaj.*

Se não-receptícias as manifestações de vontade, a vontade em verdade expressa é o que importa; portanto, o sentido que o figurante atribuía ao que disse. Se receptícias, o que é necessario é que o destinatário as receba, ou que se tenha de entender que as recebeu. Nâo há dúvida que o destinatário há de tê-lo entendido, porém isso apenas significa que o manifestante da vontade teve de expressar-se de modo que o

destinatário o entendesse, conforme a linguagem usual e uso do tráfico. O destinatário não pode entender o que não se entenderia com a manifestação de vontade e os outros elementos de interpretação, como o uso do tráfico; porém não pode pretender que pudesse desconhecer o que foi conteúdo do negócio jurídico unilateral. Nos negócios jurídicos unilaterais, é assaz relevante o contacto entre o manifestante da vontade e a outra pessoa, o que suficientemente versamos a propósito dos negócios jurídicos unilaterais.

Nos negócios jurídicos bilaterais, sem contraprestação (contratos unilaterais), tem-se de dar maior importância ao que manifestou quem prestou ou quem vai prestar *(e. g.,* mais ao que disse o doador do que ao que disse o donatário), sem que com isso se possa prescindir dos outros meios de interpretação.

Já dissemos que à interpretação não o só incumbem desobscurecer e afastar a ambiglildade ou a equivocidade como também completar o conteúdo do negócio jurídico, o que ou o estende ou o restringe. O que se há de evitar é que o descoberto não corresponda ao manifestado, ou, em caso de recepticiedade, ao manifestado a alguém.

Mas isso seria contradição ao próprio meio de interpretação , em seu pressuposto principal, que é *com-*

pictar ou *explicita?,* embora, às vêzes, indo até *retificar* o que foi manifestado. Tão-pouco se pode admitir o que seria repelido pelo que foi escrito e pela intenção dos figurantes.

A finalidade do negócio, desconhecida pelo outro figurante, ou pelos outros figurantes, não pode pesar. Os figurantes só se vinculam pelo que conheciam, ou deviam conhecer (= fôra de esperar que conhecessem).

Se a interpretação chega a fixar o *sentido da manifestação de vontade* e êsse sentido destoa do que fôra a vontade do figurante ou dos figurantes, tem-se de atender àquele, e não a essa. O que pode ocorrer, em casos extremos, é que falte *seriedade* ao que foi manifestado (Tornos II, § 174, 4; IV, §§ 883, 8, 8, 440; XVII, § 2.098, 8; XXXI, §§

8.624, 2, 8.626; XXXII, § 3.718; XXXIV, § 3.851, 2; XXXV, § 3.963, 3), ou que tenha havido êrro, que deu ensejo à anulabilidade (Tomos III, § 249, 3; IV, §§ 382, 412, 8, 430-437; VI, §

711, 1, 2; XXV, §§ 8.027, 2, 3.029, 1, 8.086, 8.065-3.067; XXXII, § 8.717. 2; XXXIV, § 3.851, 4; XXXV, §§

3.914, 11, 3.963, 8).

Se a manifestação de vontade é receptícia e o destinatário ou receptor não entendeu o que recebeu, ou entendeu mal *(mal-entendido),* de nenhum vicio se pode acoimar a manifestação de vontade. Se ao destinatário ou receptor cabia ter nutra manifestação de vontade e, apoiando-se no mal-entendido, a fêz portanto, por êrro há *anulabilidade,* tendo, porém. de prestar o interêsse negativo.

Dá-se o mesmo se a manifestação foi oral e o outro figurante, que a ouviu, a interpretou erradamente (II. TITZE, *fie Lekre vom Missverstdndnis,* 221 5.; Missverstãndnis, *Hand. wôrterbuch der Reckttwissensehaft,* IV, 86).

Recebe B o telegrama do procurador, A, com a oferta de O para a compra- -e-venda do "apartamento da Avenida Atíântica, de esquina, em que morava O", e A pensou que se tratava do apartamento, de esquina, em que morava O, três anos antes de se ter mudado. Errou E e a manifestação de vontade é anulável.

Aliter, se O telefona para Paris onde E se encontra, transmitindo a oferta e E ouve D, em vez de O, crendo, portanto, comprar o apartamento de D, também de esquina. Aqui, não há anulabilidade. Não houve êrro. Entendia H. TInE *(fie Lehre vom Missversttindnis,* 221) que podia B logo depois retilicar o engano e somente então se poderia crer em ser inválida a manifestação de vontade de O. Em tudo isso, precisa-se de ~maior rigor, pois aqui o que ocorreu foi não ter sido *percebido* o que se transmitiu. A manifestação de vontade, por parte de O,-não chegou, como devia, a E. O caso é de ineficácia da manifestação de vontade de C. E não percebera exatamente o que se lhe dizia. O problema está ligado ao da oferta ao surdo, que ouvira quanto à parte do preço que seria paga à vista e não o que seria a prazo. Ora, GAIO (Inst., III, §§ 105 e 108) frisava que o surdo não poderia estipular, nem prometer (oralmente, entenda-se), porque o estipulante deve ouvir as palavras do promitente e o promitente as do estipulante. Tem de ser através de terceiro a manifestação de vontade. Na L. 1, § 15, D., *de obligationibus eL actionibus,* 44, 7, reproduz-se de GATO que de nenhum modo se inclui o surdo entre os vinculáveis verbalmente, porque, mesmo se pode falar, deve ouvir, se promete, as palavras de quem estipula, ou deve ouvir, se estipulou, as palavras do promitente (de surdo idem dicitur, quia, etiam loqul possit, sive promittit, verba stipulantis exaudire debet, sive stipuletur, debet exaudire verba promittentis). PAULO, na L. 48, esclarece que, nos negócios em que palavras não bastam ao consentimento, pode intervir o surdo, porque pode entender e **a-.**

consentir (In quibus negotiis sermone opus non est sufficiente eonsensu, iis etiam surdus intervenire potest, quia potest intellegere et consentire, veluti in locationibus conductionibus, emptionibus et ceteris). ULPIANO, na L. 1, pr., D., *de verborum obligationibus,* 45, 1, depois de dizer que a estipulação só se pode fazer falando um figurante ao outro (nisi utroque loquente), enunciou que nem o mudo nem o surdo podem contrair estIpulação. Teriam de fazê-lo através de outrem, então pelo escravo (per servum praesentem stipuletur).

Não podemos, hoje, falar de nulidade, porque só o surdo--mudo que não pode exprimir vontade é tido por incapaz (Códi1go Civil, arts. 5.~, III, 145, 1, e 446, II). Aliás, ULPIANO, na lÃ. 1, § 1, figurou o caso de quem, estando presente, perguntou e, antes de se lhe responder, se retirou,- e empregou o têrmo Ã"inútil", em vez de "nulo" (Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, mutile efficit atipulationem).

Quem prometeu a quem não ouve, ineficazmente prometeu. Quem oferece a quem não ouve, ineficazmente oferece. Quem aceita o que não pode ser ouvido pelo que oferece, ineficaz-mente aceita, salvo se o seu silêncio teria de ser tido como aceitação.

6.CIRCUNSTÂNCIAS EXTERIORES AO INSTRUMENTO. Circunstâncias exteriores ao instrumento podem ser invocadas se o sentido que nelas se encontra tem alguma expressão, mesmo se incompleta, no instrumento, inclusive se a interpretação é para integrar (só se integra o que já é).

7.ÔNUS DA PROVA. Quem entende que à manifestação

-de vontade ou ao negócio jurídico não se há de dar a interpretação norma] que se afirma, ou que alguém suscita, tem o ônus de alegar e provar que há outros elementos que a afastam, O que se há de supor é que se quis o que está dito e que o sentido do que se disse é usual (L. 114, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17: "In obscuris inspici solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet"). Da regra jurídica sôbre o ônus da prova não se há de tirar que só se possa manifestar vontade no sentido geralmente usado, salvo exceções. O que concerne à composição do conteúdo do negócio jurídico nada tem com o problema do ônus da prova.

§ 4.203. Técnica da interpretação dos negócios jurídicos

1.ATITUDE Do INTÉRPRETE DIANTE DAS PALAVRAS. As palavras empregadas, oralmente ou por escrito, têm de ser interpretadas conforme o sentido que lhes dá a generalidade (CELSO, na L. „7, § 2, D., *de supjpellectile te gata,* 83, 10:non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudire debere"). Todavia, a linguagem pode ser de determinado lugar ou grupo social, ou de determinado ramo de atividade econômica, ou de determinada pessoa, o que é raro. Se a manifestação de vontade não é receptícia, não surgem dificuldades. Em se tratando de manifestações de vontade ao público, como ocorre com os títulos ao portador e os endossaveis, os contratos de tarifa, os títulos cambiários e cambiariformes, as procurações, só entre pessoas que possam conhecer o sentido diferente da linguagem especial (local, industrial, pessoal) é que pode vir à tona o sentido não aparente

As manifestações de vontade receptícias dirigem-se a determinada pessoa, ou a determinadas pessoas. Se não são recebidas, caem-no vácuo. Sendo em linguagem especial, as circunstâncias é que podem responder se foi eficaz a manifestação de vontade. Por exemplo, o lugar em que foi feita, ou o em que há de ser recebida, a natureza do negócio jurídico (quem doa pode fazê-lo, de regra, com a linguagem que usa), a linguagem já empregada em negócios anteriores, as expressões tecnicas da indústria de que cogita a manifestação de vontade.

Não se pode, *a priori,* impor a linguagem do primeiro escrito (F. VON SÂvIGNY, 111. DERNBURG), quase sempre o do oferente; nem, tão-pouco, a linguagem do receptor (KONRAD COSACK, A. VON TUHIVJ; nem a do lugar em que se concluiu o negócio jurídico (E. DANZ); nem a do lugar da origem da -manifestação de vontade (II. TTTZE).

Tôdas as circunstâncias têm de ser apreciadas. Alguma pode ser decisiva. Algumas podem pesar decisivamente, unidas umas às outras. Umas podem afastar a relevância das outras. Ou uma só as suplantar. A solução é *a posteriori.* Assim, L. ENNECCERUS *(Lehrbuch, ~,* 30Y-43A ed., 586) e PAUL OERTMANN *(Rech,tsordnung um! Verlcehrssitte,* 405 s.).

Se resulta das circunstâncias que a significação especial que um dos figurantes empregou tem de ser considerada a que *a* outra tinha de acolher, o sentido foi comum, e não se pode pensar em ineficácia, nem

em êrro. Se um dêles entendeu diferentemente, pode ter ocorrido êrro, mas para isso é preciso que se juntem os pressupostos para a anulabilidade.

a-.

Se o exame das circunstâncias leva a afirmar-se que a lintuagem especial não se podia impor ao outro figurante, ou aos outros figurantes, só se tem de atender à linguagem geral. Porém também aí, se os pressupostos se compõem, pode haver anulabilidade por êrro.

Se não há sentido em linguagem geral, nem, tão-pouco, em linguagem especial, que possa vincular os figurantes, não houve ranifestação *eficaz* de vontade.

2.CONDUTA DOS FIGURANTES APÓS A CONCLUSÃO DO NEGOCIO JURÍDIcO. A atitude dos figurantes depois de haverem concluído o negócio jurídico é espécie de interpretação autêntica. Prossegue-se em caminho que foi o da manifestação de vontade, ou um dos que poderia ter sido. Por isso mesmo, não se pode dar valor absoluto ao comportamento posterior, tanto mais quanto pode ser um dos meios que o figurante encontrou para frustrar o adimplemento, ou apresentar como adimplemento bom o adimplemento ruim.

3.PUNCTAÇóES OU MINUTAS E TRATOS PRELIMINARES. Sem que se haja acordado sôbre todos os pontos que foram ventilados, ou sôbre algum ou alguns, mas, aqui, com propósito de conclusão do negócio jurídico e afastamento dos outros pontos ou do outro ponto, não há negócio jurídico concluído. Todavia, o que serviu de base para os acôrdos, se mais inteligível do que o texto do negócio jurídico, pode ser invocado como elemento de interpretação. Já na L. 134, § 1, D., *de verborum obligationis, 45,* 1, tem-se de PAULO que, de ordinário, o que se convencionou nas preliminares se crê que se repetiu nas estipulações (plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur).

São elementos interpretativos as notas para instrumentos públicos ou particulares, as minutas, as cartas trocadas, os prospectos, os catálogos, as amostras e todos os dados que serviram ao entabolamento do acôrdo. Seria, porém, apriorismo indefensável entender-se que sempre se hão de levar em conta. Só as circunstâncias e a finalidade do negócio podem permitir ou afastar que a êles se recorra.

Os prospectos e os catálogos que não foram enviados ao figurante dificilmente podem ser invocados. Não há, todavia, como pareceu à jurisprudência alemã, a repulsa *a priori.*

4. IMPOSSIBILIDADE DA INTERPRETAÇÂO. Se falham todos os meios para se interpretar a manifestação de vontade, não devemos dizer que é nulo o negócio jurídico. Não houve negócio jurídico. Se só em parte do negócio ocorre que não se pode colhêr o sentido, só a parte é ineficaz: há negócio jurídico, em que só em parte foi frustrada a interpretação. Se a parte é essencial, isto é, se não se pode considerar vinculativo o resto, negócio jurídico não houve *(inexistência do negócio jurídico,* em vez de *ineficácia de parte).*

5. VONTADE E ELEMENTOS VOLITIVOS DE FORA. Sustenta-se que, acima da vontade concreta dos figurantes, pode ficar vontade comum, abstrata *(e. g., II.* OITO, *Prof iii dell*"*Interpretazione oggettiva dei negozio giuridico,* 5 s. e 71 s.). Mas essa vontade comum não fica acima; ela é o que se há de colhêr nas manifestações de vontade, não é algo de estranho, que sobres-seja, é algo de insito, em que se dá o acôrdo, em que as manifestações de vontade coincidem. Vontade comum, abstrata, que preponderasse, seria outra vontade, e o negócio jurídico não resultou de tal vontade, mas da soma das manifestações de vontade concordantes; resultou, portanto, do que não é elemento volitivo discordante. Os elementos volitivos discordantes não ficaram na composição do suporte fáctico; ao incidir a regra jurídica, de cuja incidência procede a juridicização do negócio, somente coloriu o que era suporte fáctico, o que se exprimira de vontade e não foi acorde, não se fêz elemento dêle; por conseguinte, não pode estar no negócio jurídico.

Se a lei, por meio de regras jurídicas dispositivas ou interpretativas, introduziu elemento que se há de ter como vontade e, conhecido pelos que manifestam a vontade (porque a lei é para ser conhecida de todos), vontade se torna, de modo nenhum se pode dizer que tal vontade é abstrata. Não há, nos suportes lácticos dos atos jurídicos, vontade abstrata; a vontade comum, a vontade que deixa entrar, no suporte fáctico, a regra jurídica dispositiva, ou interpretativa, é vontade concreta.

Só há, nos suportes fácticos, vontades concretas. Também se 1 > tem aventurado que, algumas vêzes, os figurantes querem, sem conhecerem o que é que querem. Dão-se exemplos: o herdeiro -que aceita, tàcitamente, a herança (Código Civil, arts. 1.581 e 1.584) ; o

locatário, que, esquecendo-se do têrmo do contrato, deixa prorrogar-se o contrato. O sofisma ressalta. Querer-se A, conhecendo-se o que se contém em A, e querer-se A, desconhecendo-se e que se contém em A, são duas vontades diferentes, porém ambas concretas. Querer-se A, declarando-se querer A, querer-se A, porque se praticaram atos somente compatíveis com o ser herdeiro, e querer-se A, porque houve intimação do prazo a que se refere o art. 184 e não se manifestou vontade Contrária, são três vontades diferentes, porém tôdas concretas~

a-.

6.CONTRATOS BENÉFICOS. Segundo os princípios, diz ..o Código Civil, art. 1090: "Os contratos benéficos interpretam-se estritamente". O que se tem por fito, no art. 1.090, é não se atribuir a quem beneficia a outrem mais do que está explícito no que disse. A regra jurídica do art. 1.090 não se refere à atribuição em geral, mas sim à cláusula que dá ou pela qual se faz, ou não se faz, ou se promete dar, fazer, ou não fazer, sem contraprestação.

Sentido, êsse, que não é o de *beneficium,* nem o que se encontra quando alguém fala de "beneficiário". No Código Civil português, art. 685, inciso 1.0, preferiu-se o têrmo "gratuito": "Se o contrato fôr gratuito, resolver-se-a a dúvida pela menor transmissão de direitos e interêsses".

Trata-se de *regra juridica interpretativa* que se há de seguir quando, empregados os meios de interpretação, persista a dúvida. No fundo, é de interpretação a favor do devedor que se cogita, mas, na espécie, o art. 1.090

funciona como regra juridica interpretativa, que adota a *restrição,* o que nem sempre se dá quando, fora dos negócios jurídicos bilaterais gratuitos, ditos benéficos, se invoca ou o brocardo *In obscuris, quod minimum est sequimur,* ou o que vem da L. 38, § 18, D., *de verborwm obligationibus,* 45, 1, tirado de ULPIANO: "In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt", ou da L. 99, pr.: .... .

fere secundum promissorem interpretamur". Lá está no Código Comercial, art. 131, 5: "Nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor".

7. REGRAS JURÍDICAS DO CÓDIGO COMERCIAL. No Código

Comercial, art. 131, diz-se: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobre-ditas, será regulada sôbre as seguintes bases: 1. A inteligência simples e adequada, que fôr mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

2. As cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e conseqUentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas. 8. O fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato. 4. O uso e prática geralmente observada no comércio nos lugares da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerão a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras. 5. Nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor” -

Afastemos, de início, que as regras jurídicas dos arts. 130 e 181 sejam simples conselhos dados ao juiz, para auxiliá-lo na interpretação dos negócios jurídicos, como pareceu, por exemplo, a A. HUDELOT e E. METMAN

(Des Obtigations, 209). Cf. Supremo Tribunal Federal, 19 de dezembro de 1950 *(R. 9.,* 138, 171).

a)O que foi expresso na manifestação de vontade é o primeiro elemento a que se há de atender. O art. 131, inciso 1, do Código Comercial exige que o emprêgo tenha sido de boa fé e tenha atendido à intenção dos figurantes e à natureza do negócio jurídico, o que se pode pôr acima da “ngorosa e estrita significação das palavras”; mas, se faltam esses elementos de “inteligência simples e adequada, que fôr mais conforme à boa fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato”, a literalidade impõe-se (cf. 2.~ Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 17 de setembro de 1915, *R. de O.,* 39, 343). Não se há de interpretar o negócio jurídico de jeito que se atribua aos figurantes “ato ou cláusula sem resultado prático nem efeito jurídico”.

A expressão “mais ou menos” pode referir-se à quantidade ou à qualidade e tem de ser admitida sempre que se possa saber o que se prometeu (Tribunal de Justiça do Amazonas, 21 de junho de 1938, *J. e D.,* 1938, 503).

Oemprêgo de expressão técnica, seja de direito (Câmaras Viveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Ceará, 21 de novembro de 1957, *J. e* O., 30, 272: "mora"), seja de física, ou de química, ou de outro ramo de ciência, arte, ou indústria, impõe o sentido próprio.

b)As cláusulas duvidosas esclarecem-se com as cláusulas que o não forem. Se há ambiguidade, das outras cláusulas, anteriores ou posteriores, é que se hão de tirar elementos para que um dos sentidos se tenha por assente *(e. g.,* o negócio jurídico é de penhor, ou de guarda, ou de depósito, cf. Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 23

de maio de 1873, *O D.,* 1, 65).

e)As regras jurídicas dos arts. 130 e 131 incidem nos casos de interpretação de negócios jurídicos unilaterais, bilaterais e plurilaterais, desde que os atos, positivos ou negativos, hajam sido praticados pelo figurante, ou pelos figurantes, ou por alguém que tenha podêres em que se haja de incluir o de interpretar autênticamente. Nada obsta a que se trate de promessas ao público, concursos ou concorrência (cf. Supremo Tribunal Federal, 21 de maio de 1943, 1?. *dos T.,* 166, 818).

São exemplos de atitudes posteriores interpretativas do negócio jurídico: ter-se pago em determinado lugar a primeira prestação, ou terem-se pago em determinado lugar as prestações anteriores; ter-se feito, a primeira vez, ou sempre, o acêrto de contas em determinado lugar (4.Z Câmara Civil do Tri.. bunal de Justiça de São Paulo, 5

de novembro de 1942, 1?. *dos T.,* 143, 162) ; ter-se recebido, sem reclamação quanto à espécie ou à qualidade do objeto que se havia de prestar (uma vez que não surgiu ou precluiu a pretensão à redibição ou à minoração do **a-.**

preço) ; ter-se admitido, à primeira remessa, ou às remessas anteriores, sem reclamação, com determinada embalagem, ou em determinado veículo.

d)Os usos e costumes negócios jurídicos, ou atos jurídicos *stricto seneu,* que se repetem a ponto de se imporem como conteúdo negocial, não derrogam, nem ab-rogam regras jurídicas. Podem vir a tornar-se leis (cf. Supremo Tribunal Federal, 13 de janeiro de 1958, E. 9., 152, 164), ou ser afastados por leis, ou, até, só alterados. Suprimem lacunas das manifestações de vontade (confusão entre usos e costumes, direito costumeiro, e usos e costumes atos repetidos pelos que manifestaram vontade, como os usos e costumes comerciais, no acórdão do Supremo

Tribunal Federal, a 2 de junho de 1958, E. *dos* 7"., 265, 812).

A propósito do art. 1.092, alínea □

1 a, o Tribunal de Justiça da Bahia, a 22 de maio de 1956 (E. *dos 7*". da Bahia, 54, 65), entendeu que o art. 131, inciso 4, do Código Comercial pode afastar a interpretação que atende a expressão literal *(in casu,* "adiantado", em relação ao preço, e "até dezembro" a entrega da mercadoria) por ser uso nas zonas cacaueiras, só se pagar ao receber a mercadoria, e pois ser impertinente a exceção *non adimpleti contractus.* Ora, o art. 1.130 do Código Civil é explícito: "Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço" (cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de novembro de 1955, E. *M.,* II, 49).

e)As dúvidas, a que se refere o art. 181, inciso 5, do Código Comercial são apenas as dúvidas quanto à interpretação do negócio jurídico comercial, e não as dúvidas sôbre incidir, ou não, alguma regra jurídica, mesmo interpretativa.

No direito comercial, à mora, se se trata de contrato de compra-e-venda ou de troca, e não se falou, no negócio jurídico, de mora *ex re,* rege o art. 205 do Código Comercial, que de nodo nenhum se há de estender aos outros contratos (cf. Tomo XXIII, §§ 2.803, 1, e 2.809, 9). O art. 205 nada tem com o~ outros contratos (sem razão, o Tribunal de Justiça do Ceará, a 19 de dezembro de 1955, J. *e* O., 29, 90). Nem cabe, na dúvida, invocar-se o art.

131, inciso 5, porque o art. 131, inciso 5. só seria de aplicar-se se a dúvida fôsse sôbre existir ou não a cláusula de afastamento da incidência do art. 205, que é *jus dfrpositivum.*

f) No Código Comercial, art. 132, estatui-se: "Se, para designar a moeda, pêso ou medida, se usar no contrato de têrmos genéricos que convenham a valôres ou quantidades diversas, entender-se-á feita a obrigação na moeda, pêso ou medida em uso nos contratos de igual natureza".

O que rege a prestação de dinheiro nos negócios jurídicos é o *princípio do valor nominal.*

As leis que estabelecem o valor nominal é que são causadoras da observância do princípio do valor no minal. O

declarante, ou os declarantes apenas se satisfazem com a prestação tal como se diz, nela, que *vale.*

A moeda nasce no grupo social, antes, conceptualmente, a > de qualquer negócio jurídico que a ela se refira, e *b)* de qualquer operação para se avaliar o inadimplido, ou *e)* o dano. Em a) e *b),* há a diferença de tempo; em *e),* pode aparecer, se não se faz imediatamente a prestação do equivalente.

Se a divida é *divida de valor,* não há pensar-se em principio do valor nominal, pôsto que, para o caso de inadimplemento, se possa ter de pensar em prestação em dinheiro que valha (poder de aquisição) o que se deixou de prestar.

Quanto à *cláusula de números índices,* trata-se de referencia ao custo da vida, ou da produção, e supóe o poder de aquisição por parte da moeda. Aqui, se há de atender ao índice indicado, e não ao poder de aquisição da moeda.

Se não há troca, o risco do credor, de acôrdo com o *principio da contraprestação metálica,* também diz respeito ao bem que serve de unidade de medida de valôres, e não ao objeto da prestação.

A compra-e-venda supóe que se contrapreste com medida comum de valor, de cuja unidade se cogita, e que se determine a quantidade (mensuração quantitativa).

Ao determinar-se a unidade da medida e a sua quantidade, *levou-se em conta,* certamente, o seu poder de aquisição. Mas tal poder de aquisição foi critério pré-negocial. Se êsse critério pode ser e se, *in casu,* foi trazido ao negócio jurídico, é outro problema, e só excepcionalmente ocorre tal exsurgimento (cf. J. HAMEL, *Théorie juridique de la Monuale,* 1, 6 s.). Se se insere no negócio jurídico a referência ao poder de aquisição, para que se meça a quantidade de moeda que se há de prestar, então sim, tem-se de atender ao que se *quis* e em que se *acordou.* Não se pode considerar regra o que só é exceção. Não se pode abstrair do consentimento de ser a contraprestação sem se ligar importância ao tempo, isto é, de que se admitiu um preço para mais tarde como se à vista fôsse a compra-e-venda. Pense-se o mesmo no tocante à locação e a outros negócios jurídicos bilaterais em que há contraprestação em moeda. Aliás, dá-se o mesmo se unilateral o negócio jurídico.

Quando MARTIN WOLFF (Das Geld, V. EHRENBERG, II *andbuch des gesamten Handelsrechts,* IV, 13 Parte, 637), em 1917, aludiu a poder abstrato de adquirir a propósito de contraprestações de dinheiro, cometeu a errônia de mencionar o que não está no negócio jurídico e se passou na mente dos figurantes, ou, se unilateral o negócio jurídico,

na mente do figurante. Apenas lhe atenua a gravidade a referência à abstração. Diga-se o mesmo quanto **a-.**

a outros juristas que, ao falarem de abstração, pensaram em valor de aquisição *(e.* g., G. SCADUTO, *1 Debiti pecuniari e ii deprezzamefltO mefletario,* 69).

Se a moeda não é fàcilmente conversível por seu valor nominal, tem-se de afastar que, nos negócios jurídicos, se possa Invocar O *princípio da contraprestação metálica,* ou *da prestação o metájica nos negócios jurídicos unilaterais.* Por isso mesmo, a política tem de lutar pela estabilidade da moeda. O *principio da moeda poder de aquisiçáo* também só excepcionalmente, isto é, se foi trazido ao negócio jurídico, pode ser invocado.

Assim, o que rege a prestação, nos negócios jurídicos unilaterais de promessa de dinheiro, ou a contraprestação, nos negáelos jurídicos bilaterais com promessa de dinheiro, é o *principio do valor nominai.* Ao credor, os riscos da desvalorização no momento em que se há de adimplir. O que o credor há de receber no momento em que o devedor tem de prestar A o que teria recebido se à vista o adimplemento.

Pode dar-se que no lugar haja duas ou mais medidas comuns de valor. Então, tem-se de dizer a qual delas se refere declaração de vontade, porque, sem isso, não se poderia saber, ao certo, o que foi que se prometeu, salvo regra jurídica dispositiva, *legal* ou *cosi umeira.* O costume exerce, aí, função da mais alta relevância. Quem promete dinheiro promete conforme o meio social em que vive. Êsse meio dá os dados para a expresaio da vontade do declarante e para a sua interpretação.

A contraprestação que supõe o princípio do valor nominal pode não ser dinheiro, mas tal cláusula é excepcional.

Por outro lado, a valorização ou a desvalorização da moeda poderia derivar da valorização ou desvalorização do bem a que ela se refere. As próprias prestações genéricas que não são de dinheiro podem ter valorização ou desvalorização, mas, aí, filo há o princípio do valor nominal, porque de valor nominal não se pode cogitar.

O que basilarmente importa é que se não confunda o problema do adimplemento das dividas de origem negocial com o do adimplemento das dívidas de indenização, por ato ilícito absoluto ou relativo, ou ato-fato ilícito, ou fato ilícito *sineta s* ensu. Desde que se procure medida de valor, como se se têm de prestar perdas e danos por

inadimplemento, ou por ilicitude absoluta, não há pensar-se em princípio do valor nominal (cf. J. HAMEL, *Théorie juridique de la Monnaie,* 6 s.).

A moeda, o dinheiro, serve como medida comum de valôres, mas moeda, ou dinheiro, e valuta, não se confundem. A medida comum de valôres continha, em si, valor; passou a ser imposição, fôrça (curso forçado de determinado objeto a que se atribui valor), denominador comum que a lei fixou.

A dívida pode ser *dívida de dinheiro* ou *dívida de valor.* O ressarcimento do dano é sempre dívida de valor, e não dívida de dinheiro. Quem indeniza presta o valor que deve no momento de pagar. Seria absurdo que se pagasse a indenização com a moeda com que se fêz o cálculo, na primeira instância, ou noutra instância, ou na mesma, muito tempo antes, se com a mesma moeda ou com a mesma quantia não se poderia reparar o dano. A inalterabilidade dos cálculos somente seria de admitir-se se existisse moeda neutra, invariável, a que se referissem os negócios jurídicos. Tal moeda não existe. Nem tal valor, pôsto que se pudesse pensar na prata ou no ouro fino.

A êsse expediente tem-se recorrido. Certamente, os critérios equitativos seriam insuficientes e turvariam os problemas em vez de concorrerem para a solução dêles.

Se a dívida é de moeda que se extinguiu, o adimplemento é em moeda legal que corresponda ao valor daquela, salvo se o que se deve é a moeda como objeto distinto do dinheiro em curso, como se o negócio jurídico se referiu a "efetivo", eu às indicações escritas ou gravadas da moeda depois extinta legalmente. *A fortiori,* se, ao tempo do negócio jurídico, já se não tem em curso legal tal moeda. Se o devedor não a pode prestar, por ser difícil encontrá-la, dá-se inadimplemento, e incidem os princípios sôbre não-cumprimento das obrigações.

O valor nominal é sempre o mesmo, salvo se lei nova estabelece que dez cruzeiros passam a ser um cruzeiro, o que aliás só é mudança de nome. O chamado *valor real* é apenas o valor nominal em outra moeda, ou espécie. O

valor real supóe operação comparatística, supõe câmbio. Dai a sorte do credor depender das circunstâncias, como a das inflações e a de crescimento, e que é raro, do valor comparatistico da moeda. Não se pode dizer que não tenha também os seus riscos o crédito em metal (princípio metalístico) ; mas a variabilidade é bem menor. Por isso mesmo, há a variabilidade *„maior* da moeda inconvertível.

A divida de moeda estrangeira é sujeita, como a dívida de moeda nacional, ao *principio do valor nominal.* Daí ela mesma variar de valor, como a moeda nacional. Surpreende que alguns juristas pensem o contrário, como se a preferência por moeda que se crê mais estável fôsse bastante para se ter tal moeda como escapa ao principio do valor nominal. Trata-se de dívida de dinheiro, e não de dívida de valor (cf. F. A. MANN, *The Legal Aspect of Monev,* 47). A desvalorização e a valorização podem ocorrer a respeito de qualquer moeda (quanto ao dólar, JACQUES PIRENNE, *Les Grands Courants de l"Histoire Unirverse 1W,* V. 223; A. BEARD e M. BEARD, *The Rise of American Civilizaiion,* 682 s.).

g)Estabelece o art. 138 do Código Comercial: "Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os **a-.**

comerciantes, no lugar da execução do contrato". Exemplo: omitiu-se, no contrato de seguro, o prazo para o pagamento do prêmio, e entende-se o que é de uso, isto é, a exigibilidade após dez dias (Supremo Tribunal Federal, 19 de setembro de 1912, 1?. *de D.,* 28, 451).

h) A propósito dos *prazos,* há, no Código Comercial, três regras jurídicas, duas das quais regras jurídicas dispositivas. Lê-se no art. 135: "Em tôdas as obrigações mercantis com prazo certo, não se conta o dia da data do contrato, mas o imediato seguinte; conta-se, porém, o dia da expiração do prazo ou vencimento". Cf. Tomos V, §

555, 1, e XXIII, § 2803 1

"Nas obrigações com prazo certo", diz o art. 136 do Código Comercial, "não é admissível petição alguma judicial para a sua execução antes do dia do vencimento; salvo nos casos em que êste Código altera o vencimento da estipulação, ou permite ação de remédios preventivos". Aqui, apenas se compõe regra jurídica com o conceito mesmo do prazo suspensivo e se explicita que o vencimento só se antecipa nos casos previstos lei e é preciso que se satisfaçam os pressupostos para que Caibam as medidas cautelares. De modo nenhum se pode interPretar o ad. 146, *verbis* "não é admissível petição alguma judicial", como se pré-excluisse a propositura de *ação declaratória,* nem a *ação de condenação a prestação futura* (cf. Tomos V, § 552, 1; XXIII, 2.808, 1). Só se refere à ação executiva. Por outro lado, o prazo pode ser concebido a favor do credor (Tomo XXIII, § 2.808, 1).

Estabelece o Código Comercial, no art. 187: “Tôda a obrigação mercantil que não tiver prazo certo estipulado pelas partes, ou marcado neste Código, será exequível dez dias depois da sua data”.

Finalmente:a regra jurídica básica está no art. 130 do Código Comercial: “As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, pêsto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”.

CAPÍTULO V

FORMA E PROVA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BILATERAIS E PLURILATERAIS

§ 4.204. Princípios gerais e regras jurídicas especiais sôbre forma

1.DIREITO CIVIL E DIREITO COMERCIAL. O direito civil deu as regras jurídicas que operam como princípios gerais, de modo que apanham os negócios jurídicos bilaterais e os plurilaterais, quer civis quer comerciais (cf. Tomo III, §§ 284, 1, 330-844, 806, 324, 1, 251, 5; IV. §§ 856, 1, 385, 1, 399, 4; XI, § 1.244, 7; XXII, § 2.763, 2). O Código Civil, art. 129, enuncia:

“A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressaifiente a exigir (art. 82)”. No Código Comercial, art. 124, já estava escrito:

“Aquêles contratos para os quais neste Código se estabelecerem formas e solenidades particulares não produzirão ação em juízo comercial, se as mesmas formas e solenidades não tiverem sido observadas”. Tem-se de ler o art.

124 do Código Comercial como se *antes* se houvesse dito o que está no art. 129 do Código Civil e como se êle correspondesse e coincidisse, como corresponde e coincide, com o art. 130 do Código Civil, onde se lê: “Não vale o ato que deixar de revestir a forma pedal, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta comine es Sanção diferente contra a preterição da forma exigida”.

2.AFORMALIDADE NO SENSO ESTRITO. Não há negócio jurídico, unilateral, bilateral, ou plurilateral, *sem forma,* dejeito que a expressão "aformal" tem de ser entendida como"sem forma especial". A manifestação de vontade oral, ou por gestos, tem forma, mas diz-se aformal, no sentido estrito a que nos referimos.

Se foi obedecida a lei sôbre forma é questão de direito. Se a forma, que se teve como exigida, foi *in casu* observada, é questão de fato. Daí não se poder acolher, em sua generalidade, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 14 de novembro de 1914 (1?. *de D.,* 37, 65).

§ 4.205. Regras jurídicas especiais sôbre forma

a-.

1."LEX SPECIALIS". Só a lei pode determinar que se observe, necessAriamente, alguma forma. Se isso não ocorre, pode o negócio jurídico concluir-se oralmente, frente a frente, ou pelo telefone, ou por meio de gestos, ou qualquer outra espécie de expressão. Em negócio jurídico anterior, é possível exigir-se forma especial.

2.ExIGÊNcIAS QUANTO À PROVA QUE Não SÃO EXIGÊNCIAS DE FORMA. Os arts. 185 e 141 do Código Civil e o art. 128 do Código Comercial não se referem A forma especial, à forma *ad substantiam,* mas sim ao regramento da prova (forma *ad probationem tantum).* Cf. Tomo III, § 889. O negócio jurídico que não observou o ad. 185 do Código Civil, ou o art. 128 do Código Comercial, não é *nulo.* Apenas se reputa insuficiente a prova só testemunhal (cf. Tomo 1H, § 851, 3). Diz o art. 128 do Código Comercial: "A prova de testemunhas, fora dos casos expressamente declarados neste Código, só é admissível em juízo comercial nos contratos cujo valor não exceder a quatrocentos cruzeiros. Em transações de maior quantia, a prova testemunhal somente será admitida como subsidiária de outras provas por escrito". A respeito escreveu J. X. CARVALHO DE

MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* VI, 97) que *não existir* e *não se poder provar* vêm a ser a mesma coisa. De modo nenhum. O que existe, sem que haja prova, pode ser objeto de confissão em processo judicial e já exaurge a prova. Pode ser objeto de negócio jurídico de reconhecimento.

Oad. 184 do Código Civil fêz de forma especial a escritura pública os

pactos antenupciais e as adoções e os contratos de transmissão ou de constituição de direitos reais limitados de valor acima de dez mil cruzeiros (Lei n.

1.768, de 18 de dezembro de 1952, art. 1.0; cp. Decreto-lei n. 9.760, de 6 de setembro de 1946, art. 117, sôbre domínio útil de terreno aforado; Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 46, sôbre bens imóveis incorporados ao capital de sociedade por ações; Decreto n. 5.372-B, de 10 de dezembro de 1927, art. 1.~", sôbre contratos de direito marítimo). O Código Comercial, no art. 468, enge a escritura pública para a alienação e os gravames reais de navios do alto mar, com a exigência da menção do registo e das anotações havidas. No art. 257

do Código Comercial exige-se a forma escrita para~ a fiança; no ad. 271, para o penhor; no art. 803, para o contrato de sociedade; no ad. 633, para o contrato de dinheiro a risco ou câmbio marítimo; no ad. 666, para o contrato de seguro marítimo. Há outros casos, no Código Comercial e nas leis extravagantes, que se citarão e exporão a seu tempo.

Oart. 185 do Código Civil, como o ad. 123 do Código Comercial, não estabelece *forma solene,* forma essencial.

São regras sôbre valor probante. Nem se pode ler o art. 124 do Código Comercial como se apanhasse a espécie do ad. 123.

Lê-se no Código Civil, art. 1.088: "Quando o instrumento público fôr exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097". Já explicamos a história e o alcance dessa regra jurídica (Tomo III, § 843, 4), que é de grande relevância para a compreensão do pré-contrato no sistema jurídico brasileiro. No Tomo XIII, §§ 1.430, 1, 2, 1.481, 8, 1.484, 3, 1.435, 1.436, 1, 1.451, 1.474, 1.509, 1.510 e 1.518,o assunto foi versado a propósito dos loteamentos. No Tomo XXIV, § 2.926, 1, cogitamos especialmente do *direito de arrependimento.*

§ 4.206. Princípios gerais e regras jurídicas especiais sôbre prova

1.DIREITO PRIvADO EM GERAL. Os princípios gerais sôbre prova estão hoje integrados no sistema jurídico brasileiro, de modo que se tornou sem relevância a distinção entre os negócios jurídicos de

direito civil e os negócios jurídicos de direito privado.

No art. 186, 1-Vil, do Código Civil enumeram-se os meios de prova (confissão, atos processados em juízo, documentos públicos e particulares, testemunhas, presunção, exames e vistorias e arbitramento). No Código Comercial, o art. 122 estatui: "Os contratos comerciais podem provar-se: 1. Por escrituras públicas. 2. Por escritos particulares. 8. Pelas notas dos corretores, e por certidões extraidas dos seus protocolos. 4. Por correspondência epistolar. 5. Pelos livros dos comerciantes.

6. Por testemunhas". Não se aludiu aos atos processuais, porque isso mais interessaria ao direito processual. A referência às notas dos corretores apenas aparece como explicitação, pois há o art. 52, onde se estabelece: "Os livros dos corretores, que se acharem sem vício nem defeito e regularmente escriturados na forma determinada nos arts. 48, 49 e 50, terão fé pública Aliás, o mesmo está dito quanto aos leiloeiros públicos, no art. 70, alínea □

1 a,

do Código Comercial: "Os agentes de leilões ficam sendo exclusivamente competentes para a venda de fazendas e outros quaisquer efeitos que por êste Código se mandam fazer judicialmente ou em hasta pública, e nesses casos têm fé de oficiais públicos

a-.

Cumpre atender-se a que entre o Código Comercial e o Código Civil se interpês o Decreto n. „768, de 19 de setembro de 1890, que fundiu o processo civil e o comercial, por extensão do direito dêsse ao daquele. Hoje, o Código de Processo Civil abrange os dois campos.

Pode já haver a *prova plena,* que é a prova suficiente, ou a *prova não-plena,* dita *principio de prova.* Umas das espécies de princípio de prova é o princípio de prova por escrito, que o acórdão do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 17 de julho de 1907 (1?. *F.,* IX, 120-128), definiu: .... . chama-se princípio de prova por escrito todo ato escrito que provém daquele contra o qual é proposta a demanda, ou daquele a quem êste representa, e que torna verossímil o fato alegado". Deveria ter aludido ao princípio de prova por escrito, que pode ter o contestante ou o reconvinte. Não importa o fim para que se criou o escrito <13 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 22 de junho de 1916, *R. de D.,* 42, 172 s.). Os livros comerciais ou

fazem prova, ou são apenas elementos de prova, sem que sejam, se não fazem prova por si, princípio de prova por escrito a favor da pessoa a que pertencem (Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de agôsto de 1898, *Revista Mensal,* VIII, 471, 29 de novembro de 1905, *Sdo Paulo .T.,* IX, 343, 13 de abril de 1910, XXII, 504, e 10 de março de 1914, *R. dos T.,* IX, 262 s.).

O documento assinado a rôgo não é elemento de comêço de prova por escrito (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 26 de maio de 1917, *R.* 9., 28, 135).

O juiz tem de julgar pelo alegado e provado, de modo que não há *cognitio informatoria,* isto é, não pode considerar prova o que ela saiba, extrajudicialmente, sôbre o fato alegado.

2.INSTRUMENTOS PARTICULARES. São instrumentos particulares os que se incluem nas espécies previstas pelo art. 185 do Código Civil, ou pelo art. 128 do Código Comercial (cf. Código Civil, art. 1.058: "escritos particulares"; Código Comercial, art. 122, 2; art. 22: "escritos") e os documentos que se tenham considerado no uso do tráfico títulos de legitiinação, como as entradas de cinema, de teatro e de outras diversões, as fichas de refeições ou de serviços de transportes. Passa-se o mesmo com a assinatura que pode ser por meio de sinête ou de carimbo. De jeito que não se pode dizer, em tom de afirmação absoluta, como fêz o Supremo Tribunal Federal, a 14 de junho de 1919 e a 26 de novembro de 1921 *(R. do S. 2*". 9., 19, 681; 20, 56; 36, 57), que, sem assinatura autógrafa, não há instrumento particular.

O analfabeto (= o que não sabe escrever) ou o que não pode escrever tem de outorgar podêres a alguém que assine, e a outorga há de ser em escritura pública. Há a exceção do art. 1.217 do Código Civil e há a exceção para os negócios jurídicos que não precisam de instrumento particular assinado, como as vendas de que se dão talões ou recibos de caixa mecânica e aquêles a que o uso do tráfico dispensou o próprio talão ou recibo.

Se falta a data, pode ser feita a prova. Nem o art. 125 do Código Civil, nem o art. 123 do Código Comercial se refere A data. A exigência da data pelas leis fiscais não torna a data elemento essencial, no plano do direito privado, ou, mesmo, no plano do direito público não-fiscal.

Se o instrumento particular, regido pelo direito civil, é sem as duas testemunhas de que fala o art. 135 do Código Civil, a prova tem de ser

completada, mas há instrumento particular. Se o instrumento é regido pelo Código Comercial, art. 123, não se precisa de completação da prova. A prova é plena.

O que importa para a autenticidade da carta ou do telegrama é que o firme quem faz a manifestação de vontade.

A carta faz prova plena, se civil ou comercial o negócio jurídico, porque do art. 127 do Código Comercial não se distingue o art. 1.086, na referência à *correspondência.*

Cartas também são, juridicamente, os bilhetes, as cartas- -bilhetes e os cartões postais. Não podem ser publicadas sem permissão dos seus autores, ou de quem os represente, mas podem ser juntas como documento em autos judiciais (Código Civil, art. 671, parágrafo único; cf. Código Penal, art. 158).

Os discos e filmes com gravação de voz são apenas provas indiciárias. Porém podem ser inicio de prova ou mesmo prova.

3. CORRESPONDÊNCIA EPISTOLAR E TELEGRÁFICA. As

cartas são escritos particulares, que podem conter, ou não, manifestações de vontade de que resultem negócios jurídicos. A carta pode, só por si, manifestar vontade, que gere negócio jurídico unilateral, ou oferta, ou aceitação (manifestações de vontade para a conclusão de negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais).

Dá-se o mesmo com os *telegramas,* quer se trate de cabograma, quer de radiograma, O comerciante, que os expede, tem o dever de lançar no copiador o conteúdo do que pediu, como o tem quanto à guarda ou arquivamento dos que recebeu. Desde a legislação de 1860 (Decreto n. 2.614, de 21 de julho de 1860) que não se pode deixar de incluir o telegrama como *meio de prova,* como instrumento particular. Tem-se de distinguir da data da transmissão, que é a do recibo da repartição ou da emprêsa, a data da recepção, que há de constar da parte **a-.**

destacável do telegrama, que fica com a repartição ou com a empresa.

Se se contesta a autenticidade do telegrama, tem-se de requisitar o texto que foi entregue à repartição ou à emprêsa. Se porventura não mais existe, ou não é encontrado, há a presunção de ser verdadeiro, presunção *hominis* (cf. Parecer de

CARLOS DE CARVALHO, Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, 4 de abril de 1894, *J. do C.,* 8 de maio de 1894).

A pessoa que vai passar o telegrama assinado pode providenciar para que o assinem duas testemunhas, a fim de reforçar-lhe o valor probante.

4.LivRos nos COMERCIANTES. Tratando-se de comerciantes, mesmo os não-matriculados (Relação de Minas Gerais, 17 de fevereiro de 1900, *Forum,* 11, 383) e qualquer que seja o capital, nacionais ou estrangeiros estabelecidos no Brasil, se têm livros, os escritos dêsses livros são meios de prova, contra ou a favor de quem os tem. Ninguém pode constituir título a seu favor (L. 7, C., *de probationibus,* 4, 19: "Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. unde neque fiscum neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem praebere posse oportet"). Para a L. 7, é pernicioso exemplo que se dê crédito ao escrito em que alguém constitui seu devedor a outrem, por sua própria anotação. Por isso, é conveniente que nem o fisco, nem quem quer que seja; possa produzir com as suas próprias subnotaçóes a prova da dívida.

A exceção ao princípio, no tocante aos livros comerciais, atendia à dignidade da profissão (cf. Alvará de 80 de agôsto de 1770, § 4). Há o argumento de não se poder ou de não ser de uso que se exija do freguês prova da sua dívida. A explicação de serem os comerciantes, nas suas relações, outorgados recíprocos de mandato, de modo que haveria certa comunhão nos livros comerciais (MAsCARDO, CASAREGIS), é de rerelir-se.

OEstado estabeleceu deveres de feitura e de cuidado dos livros; empresta certo valor probante aos registos dêsses livros.

Se a lei exige escritura pública, ou instrumento particular, como *forma especial,* os livros não provam a favor do comerciante (Código Comercial, art. 24: "Fica entendido que os referidos livros não podem produzir prova alguma naqueles casos em que éste Código" ou alguma outra lei "exige que ela só possa fazer-se por instrumento público ou particular"). Assim, não podem, por exemplo, provar a autorização para comerciar que o marido conferiu à mulher (Código Comercial, 81 ±. 1.0, inciso 4), nem o penhor (art. 271), nem o contrato de depósito (art. 281), nem o contrato de sociedade (art. 300), salvo se irregular essa (art. 304), ou em conta de participação (a.rt. 325), o contrato de fretamento (art. 566), o contrato de empréstimo a risco ou

câmbio marítimo (art. 638), o contrato de seguro marítimo (art. 666).

O valor probatório dos livros comerciais persiste após a morte do comerciante (Código Comercial, art. 28, inciso 1, *verbis* "ou por sucessão"). Idem, no caso de cessão ou traspasse do estabelecimento (art. 23, inciso 1), e no caso de decretação de abertura da falência (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 1.0, § 1.0, 1, fl, □

2 a parte,

e III; cp. arts. 186, VI, e 188, VI).

(a) No Código Comercial, art. 10, inciso 8, dá-se ao comerciante o dever de "conservar em boa guarda tôda a escrituração, correspondências e mais papéis pertencentes ao giro do seu consórcio, enquanto não prescreverem as ações que lhes possam ser relativas"; e igual dever têm os seus sucessores.

No art. 11, estatui o Código Comercial: "Os livros que os comerciantes são obrigados a ter, indispensàvelmente, na conformidade do artigo seguinte, são o *diário* e o *copiador de cartas".* Leis especiais criaram a indispensabilidade de outros livros, ou devido à natureza do estabelecimento comercial ou a interêsses do Estado *(e.* g., Lei n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, art. 79, sôbre *armazéns gerais* e o *livro de entrada e saida de mercadorias;* Decreto n. 2.475, de 13 de março de 1897, art. 51: "Todo corretor deve ter os seguintes livros: a) um caderno manual aberto, numerado, encerrado e rubricado pelo síndico; b) um protocolo aberto, numerado, encerrado e rubricado pela Junta Comercial"; Decreto-lei n. 4.014, de 13 de janeiro de 1942, quanto aos despachantes aduaneiros e o livro de registo com as marcas, número e total de volumes em despacho, quantidade e qualidade das mercadorias e outras indicações; Decreto n. 21.981, de 19 de outubro de 1932, art. 31, quanto aos livros dos leiloeiros; Lei n. 187, de 15 de janeiro de 1936, art. 24, sôbre livro de registo de duplicatas mercantis e de vendas à vista).

A respeito do *diário* e do *copiador,* estatui o Código Comercial, art. 12, alíneas 1.~, □a e 3Y: "No diário é o **2**

comerciante obrigado a lançar com individuação e clareza tôdas as suas operações de comércio, letras e outros quaisquer papéis de crédito que passar, aceitar, afiançar ou endossar, e em geral tudo quanto receber e despender de sua e alheia conta, seja por que título fôr, sendo suficiente que as parcelas de despesas domésticas se lancem englobadas na data em que forem extraídas da caixa. Os comerciantes

de retalho deverão lançar diàriamente no **a-.**

diário a soma total de suas vendas a dinheiro, e, em assento separado, a soma total das vendas fiadas no mesmo dia. No mesmo diário se lançará também em resumo o balanço geral (art. 10, 4), devendo aquêle conter tôdas as verbas dêste, apresentando cada uma verba a soma total das respectivas parcelas; e será assinado na mesma data do balanço geral. No *copiador* o comerciante é obrigado a lançar o registo de tôdas as cartas-missivas que expedir, com as contas, faturas e instruções que as acompanharem". O que mais importa, quanto ao diário, é que haja *individuação* e *clareza,* entendendo-se por individuação a particularização, a referência aos elementos subjetivos e objetivos e às circunstâncias de cada caso, *ordem cronológica* e *registos contínuos* e *exatos.* Cumpre, porém, atender-se a que a individuação é relativa segundo a natureza do negócio. Não pode ser minudente o lançamento pelos bancos e casas de vendas a retalho, com grande movimento, ao passo que a casa de antiguidades ou a joalheria pode ter tempo para isso. Daí, a importância dos livros auxiliares, que podem ser mais descritivos e discriminativos.

Ao copiador a ordem cronológica e a continuidade e exatidão são indispensáveis.

Algumas emprêsas podem precisar de *copiadores* especiais,

e nada obsta a que os tenham, como às casas de comissões e de vendas em grosso permitiu o Tribunal do Comércio da Côrte, a 8 de fevereiro de 1851. Em geral, o copiador pode ser dividido em *copiador das cartas* e *dador das contas e faturas.*

O lançamento, em globo, no *diário,* é permitido aos comerciantes de retalho. Daí o dever, que têm, de lançamento do total das vendas a dinheiro e fiadas, escrituradas, separada~ mente, essas, porque não se compreenderia que os negócios jurídicos a crédito não tivessem o seu lançamento normal. As *despesas do comerciante* também podem ser lançadas, globalmente, no diário.

Forma mercantil é qualquer forma que corresponda ao uso (por partidas simples; por partidas dobradas, conforme a explicitação feita pelo Tribunal do Comércio da Côrte, a 27 de janeiro de 1851).

Ordem cronológica não implica dever de lançamento *na mesmo dia.*

Diz-se no art. 13, alíneas □

1 a e 2.~, do Código Comercial:

"Os dois livros sobreditos devem ser encadernados, numerados, selados e rubricados em tôdas as suas fôlhas por um dos membros do Tribunal do Comércio respectivo, a quem couber por distribuição, com os têrmos de abertura e encerramento subscritos pelo secretário do mesmo Tribunal e assinados pelo Presidente. Nas províncias onde não houver Tribunal do Comércio, as referidas formalidades serão preenchidas pela Relação do Distrito; e, na falta desta, pela primeira autoridade judiciária da comarca do domicílio do comerciante e pelo seu distribuidor e escrivão; se o comerciante não preferir antes mandar os seus livros ao Tribunal do Comércio. A disposição dêste artigo só começará a vigorar desde o dia que os Tribunais do Comércio, cada um no seu respectivo distrito, designarem". Os têrmos de abertura e de encerramento são, hoje, assinados pelo presidente da Junta Comercial, em cuja secretaria há de existir o registo de livros comerciais submetidos a rubrica (cf. Decreto n. 596, de 19 de julho de 1890, art. 15, § 6.0; Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, art. 181).

No art. 14, o Código Comercial cogitou da escrituração dêsses livros: "A escrituração dos mesmos livros será feita em forma mercantil, e seguida pela ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalo em branco, nem entrelinhas, borraduras, raspaduras ou emendas". No Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 186, VI, inclui-se no rol dos *crimes falenciais* a inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa.

(b)Quanto aos *vícios* e *defeitos dos livros comerciais,* lê-se no Código Comercial, art. 15: "Qualquer dos dois mencionados livros, que fôr achado com algum dos vícios especificados no artigo precedente, não merecerá fé alguma nos lugares viciados a favor do comerciante a quem pertencer, nem no seu todo, quando lhe faltarem as formalidades prescritas no art. 13, ou os seus vícios forem tantos ou de tal natureza que o tornem j~digno de merecer fé".

A exigência da continuidade só é ofendida se a cada carta corresponde uma fôlha de papel, ou correspondem duas ou mais folhas. Com os *copiadores de cartas,* por simples prensa, e com os *pregadores de cópias a máquina,* ou *fotostáticas,* ou por outro processo, a continuidade *stricto sensu* seria impraticáveL

Não se pode pôr entrelinha, nem borrar, nem corrigir, nem raspar, nem emendar, nem escrever nota à margem, nem deixar espaço em branco, que possa ser preenchido. Se houve Erro, ou lapso, ou engano,

tem-se de fazer o estôrno *(partida de estOrno),* como assento nôvo, na data em que se descobriu o Orro, o lapso ou o engano.

O lançamento é feito pelo comerciante, ou por preposto, quase sempre por preposto, por ser de ordem técnica a escritura mercantil. Às vêzes, há corpo de prepostos, com o *chefe E. contabilidade,* ou o *contador-chefe,* e os *guarda-livros* e seus ajudantes ou auxiliares.

Os prepostos são responsáveis aos preponentes, conforme o art. 78 do Código Comercial.

Se o comerciante, por si ou por seus prepostos, infringe a regras jurídicas dos arts. 12-14 do Código Comercial, **a-.**

perde, quanto à prova que os seus livros poderiam fazer (arts. 23 e 122, inciso 5), e ganha, quanto à

prova, o adversário (art. 20, **:~t<~** alínea 2.a).

Recusar-se a exibir livros, não os tendo, ou recusar-se a exibi-los, tendo-os, tem as mesmas

conseqüências. Houve infração do *dever de exibir livros.* Por outro lado, o comerciante que deixou de arquivar, registar ou inscrever no Registo do Comércio os documentos e livros indispensáveis ao

exercício legal do comércio não pode impetrar concordata preventiva ou suspensiva

(Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 140, 1).

(e)Diz o art. 17 do Código Comercial: “Nenhuma autoridade, Juízo ou Tribunal, debaixo de pretexto

algum por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o

comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou nêles tem cometido

Sigum vicio”. Primeiramente, o art. 17 é regra de direito pri

vado e de modo nenhum afastaria medidas, concernentes aos livros e à sua escrituração,

ligadas a *interésses públicos,* se dentro dos princípios gerais e das regras jurídicas especiais *(e.* g.,

Decreto n. 19.958, de 6 de maio de 1931, art. 1.0, que permitiu, nos exames de livros comerciais,

para fins de fiscalização, designação de peritos estranhos ao funcionalismo federal; Decreto n. 22.061,

de 9 de novembro de 1932, art. 27, sôbre exame de livros para fiscalização do impôsto de vendas

mercantis; Lei n. 187, de 15 de janeiro de 1936, art. 40, sôbre apresentação dos livros aos agentes

do fisco federal, estadual e havemos de entender também aos agentes do fisco municipal se há

suspeita “fundada” de infração; Decreto-lei n. 5.844, de 23 de setembro de 1943, art.

140,

que

explicitou não se deve dizer derrogou, nem, *a fortiori,* ab-rogou ou revogou não obstarem os arts.

17 e 18 do Código Comercial a fiscalização do impôsto de renda, e Decreto-lei n.

154, de 25 de

novembro de 1937, art. 2.0, § 6.0, que o estendeu aos outros livros obrigatórios criados

pela

lei

sôbre impôsto de renda; Decreto n. 26.149, de 5 de janeiro de 1949, art. 121).

Quanto à *exibição judicial dos livros comerciais* e dos *balanços gerais de casas de comércio,*

estabelece o art. is do Código Comercial: "A exibição judicial dos livros de escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio, só pode ser ordenada a favor dos interessados em questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra".

A regra jurídica do art. 18 só se refere às matérias de direito privado. Quanto às sociedades por ações, Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 57. Quanto à falência e à concordata, Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 1.0, 63, 171, parágrafo único, e 172.

Acrescenta o Código Comercial, no art. 19, alíneas 1? e 2?:

"Todavia, o juiz ou Tribunal do Comércio, que conhecer de uma causa, poderá, a requerimento da parte, ou mesmo *ex officio,* ordenar, na pendência da lide, que os livros de qualquer eu de ambos os litigantes, sejam examinados na presença do comerciante a quem pertencerem e debaixo de suas vistas, eu na de pessoa por êle nomeada, para nêles se averiguar e extrair o tocante à questão. Se os livros se acharem em diverso distrito, O exame será feito pelo juiz de direito do comércio respectivo, na forma sobredita: com declaração, porém, de que em nenhum caso os referidos livros poderão ser

transportados para fora do domicilio do comerciante a quem pertencerem, ainda que êle nisso não convenha".

No caso de recusa de apresentação, por parte do comerciante, nas espécies do art. 18 do Código Comercial, o art.

20, alínea **1**a, 1.8 parte, fala da compelação à apresentação debaixo de prisão. Na **2**a parte, aludia-se ao *Juramento supletório,* se a espécie entrava no art. 19; mas, hoje, o que se há de entender é que a recusa *prova* contra o comerciante (cf. Código de Processo Civil, arts. 219 e 676, V; Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art.

1.0, § 1.0, III, 1? parte).

Estatui o Código Comercial, no art. 20, alínea 2?: "Se ~ questão fôr entre comerciantes, dar-se-á plena fé aos livros do comerciante a favor de quem se ordenar a exibição, se forem apresentados em forma regular (arts. 13 e 14)".

(d) Dêsses livros (diário e copiador, ou outros obrigatôrios) têm de ser distinguidos os *livros auxiliares.* O art. 11

d Código Comercial só se referiu aos livros que antes apontara, o *diário* e o *co*"*piador* (cf. Reg. n. 737, art. 141,

§ 39).

a-.

-As leis especiais exigiram outros livros, de modo que o número livros obrigatórios é, pelo menos, de dois.

A função dos livros auxiliares é menos intensa, no tocante à *urine probandi:* reforçam, por exemplo, a prova que os livros obrigatórios façam, se é de tal refôrço que se necessita.

A regularidade dêles não é a que a lei prevê para os livros obrigatórios; o gênero de negócio, elementos históricos e usos podem influir na adoção de método de escrituração, de lança. mentos e de referências.

Os *livros auxiliares* mais usados são: *a)* a *costaneira, meinorial* ou *borrador,* que contém as notas imediatas, alusões a fatos e a alterações; *b)* o *caixa,* em que se regista o movimento das entradas e saídas de dinheiro, com as indicações dos figurantes, da causa, das quantias e

demais elementos fácticos; *e)* o *razõo, livro-mestre* ou *livro de extratos,* em que se registam as operações, classificadamente, conforme as contas a que me reportam, algo como o diário em classificação por contas; 4) o *contas-correntes,* livro em que se lança o que se refere a cada pessoa que é correntista, sem se entrar nas indicações pormenorizadas do *razão; e)* o *livro de inventário e balanço,* no qual se transcrevem os balanços anuais, ou êles e os de período maior, ou menor, acompanhados dos respectivos inventários, sendo insertos no *diário* os resumos dos balanços; *f)* o *livro de mercadorias,* ou *livro de fazendas gerais,* ou *livro de entrada e saida,* ou, ainda, *livro de armazém,* livro que pode dividir-se em outros, para as especialidades e dependências da emprêsa, ou para as classes de negócios jurídicos *(livro de mercadorias de conta da casa, livro de mercadorias em participação, livro de mercadorias em comissão, livro de mercadorias em oferta ou para escolha)* ; *g)* o *livro de títulos ou contas a receber; h)* o *livro de títulos e contas a pagar,* sendo fundíveis os livros *g)* e .4), com o nome de *livro de títulos e contas a receber e a pagar.*

A lista não é exaustiva. Os comerciantes podem ter outros livros, que lhes pareçam úteis. Ou, em vez de livros, fichários, registadores e arquivos.

O requisito comum para os livros auxiliares é a *autenticidade,* para que tenham valor de meio de prova se exibidos em juízo (Aviso n. 122, de 30 de abril de 1952). Outro é o de serem harmônicos uns com os outros e com os livros obrigatórios (cf. Código Comercial, art. 23, *verbis* “em perfeita harmonia uns com os outros”).

5.ESCRITOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. Os *escritos* de negócios jurídicos, unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, em língua estrangeira, têm de ser vertidos em português, diz o art. 140 do Código Civil, “para ter efeitos legais no pais No Código Comercial, o art. 16 exige que os livros comerciais, para admissão em juízo, sejam escritos no idioma nacional:

“Os mesmos livros”, que têm a fé que lhes atribui o art. 20, alínea □a “deverão achar **2**

-se escritos no idioma do

país; se por serem de negociantes estrangeiros estiverem em diversa língua, serão primeiro traduzidos na parte relativa à questão, por intérprete juramentado, que deverá ser nomeado a aprazimento de ambas as partes, não o havendo público; ficando a estas o direito de

contestar a tradução de menos exata" (cf. Código de Processo Civil, art. 228>. No art. 125, o Código Comercial diz: "São inadmissíveis nos Juízos do Comércio quaisquer escritos comerciais de obrigações contraídas em território brasileiro que não forem exarados no idioma do Império; galvo sendo estrangeiros todos os contraentes, e neste caso deverão ser apresentados competentemente traduzidos na lín *gim* nacional". A referência a Juízos do Comércio já não tem eabimento tem-se de entender "em juízo".

Ao que escrevemos na Parte Geral (Tomo III, § 341) apenas havemos de acrescentar, quanto ao "para ter efeitos legais" que aparece no ad. 140 do Código Civil, que os efeitos de que se trata são os efeitos para exercício da pretensão à tutela jurídica, quer judiciária, quer administrativa, quer perante o Poder Legislativo. Se houve eficácia entre os figurantes ou a respeito de terceiro, é *quaestio facti.*

6. CÓDIGO COMERCIAL, ART. 134. Lê-se no Código Comercial, art. 134: "Todo o documento de contrato comercial em que houver raspadura ou emenda substancial não ressalveda pelos contraentes com assinatura da ressalva, não produIlrá efeito algum em juízo; salvo mostrando-se que o vicio fOra de propósito feito pela parte interessada em que o contrato não valha". A 2? Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 30 de novembro de 1928 *(R. de D.* H, 408), considerou substancial a emenda conforme o lugar <"aquêle em que se declara a data, os nomes das partes, o objeto de que se trata e as condições do contrato"), mas foi infeliz em falar de lugar essencial: a essencialidade concerne aos presupostos materiais e formais, subjetivos e objetivos, e não ao lugar.

fi 4.207. Prova do direito que rege o negócio jurídico

1.DIREITO NACIONAL E DIREITO ESTRANGEIRO. Direito uSo se alega; direito invoca-se. A prova, no **a-.**

caso de regra de Direito, de modo nenhum é a prova dos fatos, a despeito de toda *assimilação que se tentou fazer.

Em verdade, o que ocorre é a A. pajuda obrigatória das partes à ciência, ao conhecimento do juiz. Porque direito, regra jurídica, se sabe, ou não se sabe: provar Utá, ai, como têrmo que alude a dois atos materiais semelhantes, porém não idênticos.

Quem fala de provas alude a fatos que se provaram, ou se □estio a

provar, ou vão ser provados. Só se provam fatos. As

normas de direito tem o juiz de conhecê-las, porque essa é a sua missão. Seria, contudo, exigir-lhe hoje o que desde a Antiguidade e a Idade Média já lhe era difícil: conhecer o direito de outros sistemas jurídicos.

A regra jurídica *a priori* é a de que o juiz é obrigado a conhecer o direito *escrito* do Estado de que é órgáo. Regra que funciona como princípio geral de direito, sempre que não está escrita nos Códigos de Processo, pois, ao se formarem os Estados contemporâneos, encontraram-na assente na melhor doutrina. A exceção era apenas para o direito costumeiro. O direito estrangeiro tinha de ser provado, salvo se o dispensasse o juiz. O art. 212 pôs em letra de lei o principio que o Decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, Parte III, art. 260, enunciava, O que alega direito local, singular, costumeiro ou estrangeiro, deve prová-lo, mas não o direito comum". A *Consolidaçâo das Leis Civis* de CARLOS DE CARvALHO, art. 46, só se referia ao direito estrangeiro. Nem o Decreto n. 3.084, simples consolidação, tinha fôrça de lei, nem o seu autor leu bem a Ordenação Filipina de onde havia de tirar o principio. Porque a Ordenação do Livro III, Título 53, § 8, só tratava do direito local, ou singular, *estrangeiro,* e não do local ou singular *nacional:* **.1...** se o artigo não fôr fundado em Direito comum, mas em Direito de algum Reino, Cidade ou Vila, onde a demanda se trata, se tal Direito não é escrito, assi como costume usado per longo tempo, pode dêle articular, e a parte será obrigada depor a êle; e se tal Direito fôr escrito, pôsto que dêle se possa articular, não será a parte obrigada depor a êle assi como não é obrigada depor ao artigo fundado em Direito comum". A regra era à moda medieval católica, com feição supraestatal... No § 9: "E articulando-se do Direito de outro Reino, ou Cidade, onde a demanda se não trata, deporá e respondeiá a parte a tal artigo". Vê-se bem que se impunha ao juiz conhecer o direito do seu pais. Portugal, no Código de Processo Civil, art. 521, incluiu entre os "direitos" que se têm de provar o direito local português. O Código de Processo Civil brasileiro, art. 212, seguiu-lhe a trilha: "Aquêle que alegar direito estadual, municipal, costumeiro, singular, ou estrangeiro, deverá provar-lhe o teor e a vigência, salvo se o juiz dispensar a prova Nôvo golpe no *lura novit curia.* Não é obrigado o juiz a conhecer o direito local (quer dizer estadual ou municipal), sem que ao legislador tivesse ocorrido abrir

exceção para o direito estadual do Estado-membro em que é órgão estatal o juiz, nem para a legislação municipal da sua comarca, ou, no Distrito Federal (ai, como os Territórios, incluído no conceito de

"estadual"), para a legislação local, federal ou municipal. Naturalmente, não se pode levar muito à risca a regra inovadora, porquanto seria absurdo que o juiz não fôsse obrigado a conhece., a lei de organização judiciária, o regimento de custas do Estado-membro em que é juiz, a única lei de organização judiciária e o único regimento de custas, que lhe interessam. Faltou ao legislador brasileiro a atenção do legislador filipino de 1535 à expressão

"outro", que se aplicara a Reino, ou Cidade, e aqui seria de aplicar-se a "outro Estado-membro", ou "outro Município".

Tendo-se aberto a brecha no *lura novit curia,* a propósito de direito estadual, ou municipal, ou costumeiro (ou singular), entra a contraditoriedade a respeito da regra abstrata, que foi invocada, podendo cada parte, e não só a que alegou, produzir prova. O ônus de provar cabe a quem a invocou. Porém as leis são revogáveis, derrogáveis, suscetíveis de ser repostas em vigor, de ter a sua vigência regulada por princípios especiais, de ser entendidas segundo regras especiais de interpretação; de modo que o simples fato de se apresentar o texto, publicado ou por certidão, ou em livro (a que o juiz dê crédito), não exaure a dúvida sôbre a sua *incidência* e *aplicabilidade,* se a outra parte a mantém, com afirmações contrárias, no todo ou em parte. Daí o poder a outra parte produzir prova, ainda que sôbre êsse ponto nada tenha afirmado: a sua prova rebate a outra, ou dificulta, ou impossibilita a outra, se feita antes da prova do alegante (arg. ao art. 209, § 2.0).

A prova do art. 212 do Código de Processo Civil pode ser feita em qualquer instância; ainda se prova diferente se fêz na inferior instância, ou se já se fêz. Na execução somente sôbre o que se alega na ação executiva, segundo os princípios.

Não se prova direito estrangeiro com testemunhas (l,~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 14

de julho de 1952).

a-.

2.DIREITO ESTRANGEIRO. Rigorosamente, o direito estrangeiro, o

costume e o direito singular não se provam; o que se passa é que se atribui à parte, pela dificuldade de ter o juiz, perto de si, tôdas as leis não-usuais, o ônus de mostrá-los ao juiz. Os fatos notórios são fatos, e não precisam ser provados. O que era deficiência de conhecimento, quanto àquelas leis, e impôs a exibição dos textos, aí é superabundância de conhecimento, dispensando a prova. Direito, mesmo estrangeiro, *é* objeto de discussão, e decide-se ela pela apresentação do texto ou de jurisprudência recente, ou livro que mereça fé; fato não se discute, prova-se; tôda discussão é entre o que se afirma sôbre êle, e não sôbre êle mesmo.

a) O direito das gentes, pois que é supraestatal, não entra no conceito de direito estrangeiro. O art. 212 não lhe é aplicável. A própria interpretação dêle é missão do juiz.

b) Quanto ao direito estrangeiro, o juiz tem de esperar que se prove, se não está satisfeito; de modo que não lhe cabe

o *Non. liquet,* nem, *a fortiori,* por falta de prova do direito estrangeiro, aplicar-se o direito brasileiro, que não incidiu (F. STEIN, *Das private Wissen,* 178).

Podem ser admitidos como prova de lei estrangeira pareceres de jurisconsultos, nacionais ou estrangeiros, ou de autoridades estrangeiras (R. POLLAK, *Sus tem,* 479). Prova, todavia, elidível.

8. "lus SINGULARIS". A exceção relativa ao direito singular corta parte do direito nacional *federal,* porque a referência seria supérflua em se tratando de direito estadual ou municipal. As leis com o caráter de privilégio foram proscritas pela burguesia, mas permaneceram sob outras formas, impostas pelas fôrças econômicas, que, vindas dos "regimes antigos" ou produzidas no século XIX, quando a burguesia se fundiu à nobreza, aprenderam com essa a técnica do privilégio em lei. Aqui, o art. 212 do Código de Processo Civil, evidentemente, somente emprega o têrmo no sentido de lei de exceção, lei que nem todos, nas mesmas situações objetivas e subjetivas, poderiam invocar, ou quando as situações objetivas e subjetivas foram de tal maneira restringidas que o caráter *intuitu personae* ressaltou. Mais ainda: no de legislação especialíssima, como a que se fêz para impulsionar determinada indústria

-em certa região, ou para certos momentos de calamidade. Se tal lei emana do Poder Legislativo federal e está na

"coleção de leis" (o advogado pode mesmo citar volume e página), ~

como admitir-se que o juiz de lugar onde devam existir “coleções de leis” exija a prova?

CAPÍTULO VI

VALIDADE E INVALIDADE DOS NEGÓCIOS JURIdICOS BILATERAIS E DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

PLURILATERAIS

§ t208. Princípios gerais

1.ATos JURIDICOS “STRICTO SENSU” E NEGÓCIOS JURÍDICOS.

As regras jurídicas que se edictam sôbre validade são, em princípio, concernentes aos atos jurídicos *stricto sensu* e aos negócios jurídicos. Algumas só se referem àqueles e outras só a êsses, devido à natureza dos atos jurídicos, que são atos humanos, ou à inspiração de política jurídica que se acolheu na feitura da regra jurídica que criou a sanção de invalidade.

2.PROMIÇÂO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS SÔBRE hERANÇA DE PESSOA VIVA.

a > Alguns sistemas jurídicos têm, por exempío, o *contrato de herança,* disciplinado pela lei e de frequente emprêgo pelos que têm interêsse na sucessão de outrem, ou querem que alguém o tenha na sua herança. No direito romano, -era principio firme que a pessoa sómente podia dispor a causa de morte em manifestação *revogável* de vontade (L. 15 e 19, C., *de pactis,* 2, 3; L. 5, C., *de pactis convetitis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis,* 5, 14). Tinha-se como contrário aos bons costumes e *nulium* (no sentido do direito romano) o negócio pelo qual se assumia qualquer divida ou dívida e obrigação de dispor a causa de morte, ou pelo qual se submetesse a pena convencional no caso de não dispor (L. 61, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1: “Stipulatio hoc modo concepta:

„si heredem me non feceris, tantum

dare spondes?“ inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio”). Também não eram jurídicos os negócios sôbre a herança de terceiro ainda vivo (L. 29, § 2, e *30,* D., *de dona tionibus,* 39, 5:

"Donationem quidem partis **a-.**

bonorum proximae cognatae viventis nulíam fuisse constabat: verum ei, qui donavit ac postea inre precario successit, quoniam adversus bonos mores et ins gentium fertinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit 80 MARCIANUS *libro singutari de delatoribus* nam ei ut indigno aufertur hereditas"; L. 2, § 2, O., *de vulgari et pu~llari substitutione,* 28, 6; L. 30, C., *de pactis,* 2, 3). E o herdeiro que fazia tal contrato, sem assentimento do decujo, perdia a herança como *indignus* (L. 2, § 8, D., *de his quae ut indignLs auferuntur,* 34, 9; L. 94, D., *de adquirenda veZ amittenda hereditate,* 29, 2>. Não havia a renúncia à herança (renúncia à futura *querela inofficiosi testamenti,* L. 35, C., *de ino/ficioso testamento,* 3, 28).

No direito alemão, há, ao contrário do que ocorreu no direito romano e ocorre noutros sistemas jurídicos, inclusive no brasileiro, *contratos de herança* ou *contratos sucessorzos.* Há os *contratos de herança positivos,* ou *dispositivos,* mediante os quais o decujo atribui a alguém algo da herança futura, ou tôda a herança, e os *contratos de herança abdicativos,* ou *renunciativos,* pelos quais se dispóe do que futuramente algum dia se teria de receber.

Na Idade Média, os contratos sucessórios a causa de morte desapareceram, pela frequência das doaç5es a causa de morte. No direito prussiano (Preussisches Alígemeines Landrecht, 10, §§ 10 e 620 s.) e no suíço (Código Civil suíco, arts. 512-516), permaneceram os contratos de herança. No direito austríaco (Código Civil austríaco, § 602

e §§ 1.249-1.257), só se admite o contrato de instituição de herdeiro entre cônjuges ou entre esposos. No direito francês, o Código Civil, art. 1.082, diz:

"Les pêres et mêres, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et mêmes *(sic!)* les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu‟ils laisseront au jour de leur décês, tant au profit desdits époux, qu‟au profit des enfants à naitre de leur mariage, dans le cas oú le donateur survivrait à 1‟époux donataire. Pareilie donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l‟un d‟eux, sera toujours, dans le dit cas de survie du donateur, présumée falte au profit des enfants et descendanta à naitre du mariage". Coincide com a *Coutume de Bourbonnais,* art. 220. No art. 1.088, o Código Civil francês estabelece a irrevogabilidade nos casos do art. 1.082, mas apenas no sentido de que o doador não mais pode

dispor, a título gratuito, dos objetos compreendidos na doação, salvo no tocante a quantias módicas, a título de recompensa ou não. Nos arts. 1.084 e 1.085 cogita-se da doação por contrato de casamento, quer de doação de bens presentes, quer de bens futuros.

Quanto à renúncia a herança futura *(pactum de hereditate tertii),* não havia concordância entre os sistemas jurídicos alemães. No Código Civil alemão, há os §§ 2.274-2.302, de que -cogitamos no Direito das Sucessóes.

No direito brasileiro, não se admite qualquer contrato sucessório, nem a renúncia a herança. Estatui o Código Civil, art. 1.089: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva". A regra jurídica, a despeito dos dois têrmos empregados "contrato" e "herança", tem de ser entendida como se estivesse escrito: "Não pode ser objeto de negócio jurídico unilateral, bilateral ou plurilateral a herança ou qualquer elemento da herança de pessoa viva". Não importa quem seja o outorgante (o decujo ou o provável herdeiro ou legatário), nem quem seja o outorgado (cônjuge, provável herdeiro ou legatário, ou terceiro).

Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 70, § 3, permitiam-se, *ex argumento,* os *pactos* chamados *renunciativos* ou *abdicativos (pacta de non succedendo)* , se sob juramento perante o Tribunal do Desembargo do Paço, mas isso foi revogado pelo costume, confirmado pela não-atribuição de tomada de tal juramento a qualquer-outro órgão estatal.

SObre os pactos antenupciais que se referem à herança dos esposos ou de um dêles, Tomo VIII, § 917, 3.

A partilha da herança, feita, em vida, pelo decujo, pai ou mie dos interessados, é permitida (Código Civil, art.

1.776:

"É válida a partilha feita pelo pai" entenda-se "pai, mãe Ou - ascendente" "por ato entre vivos negócio jurídico bilateral, plurilateral, ou unilateral, para imediata eficácia "ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários".

8.VENDAS E DOAÇÕES A DESCENDENTES. No art. 1.182 do Código Civil diz-se que "os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressa-mente consintam". Descendentes imediatos, entenda-se. Se A tem filhos e todos os filhos

têm descendentes, ou alguns os têm, ou só um os tem, apenas os filhos do decujo precisam de assentir. Trata-se, aí, de *assentimento,* e não de *consentimento,* porque ainda não há direito à herança. A regra jurídica estende-se à troca (art. 1.164). A constituição de direito real limitado supóe o negócio jurídico bilateral, oneroso ou gratuito. Se há gratuidade, rege o art. 1.171 do Código Civil: "A doação dos pais aos filhos importa adiantamento da legítima". Se a compra-e-venda foi em fraude a lei, como se A vendeu à mulher ou à noiva do filho, ou ao marido ou noivo da filha, é nula. Se a doação foi à mulher ou à noiva do filho, ou ao marido ou ao noivo da filha, houve *fraus legis,* e o que o beneficiado pode pedir é que se repute adiantamento de legítima.

a-.

Se algum filho ou outro descendente está morto e deixou descendente, herdeiro do vendedor,

tem êsse de assentir.

Também a respeito da doação se há de entender que a doação ao neto é de tratar-se como a doação

ao filho. Ou houve fraude à lei, e é nula: o que se queria era doar ao filho, sem Osse ter consentido; ou, se para a doação ao incapaz foi preciso que o filho *assentisse,* a doação tem de entender-se doação por A ao filho, como adiantamento de legítima, e doação pelo filho ao descendente, também como adiantamento de legítima. A interpretação tem de ver, por parte do filho, *consentimento* à doação que se lhe faz, indiretamente, e assentimento à doação ao descendente, que recebe, em salto, o bem doado.

4. LIMITE OBJETIVO ÀS DOAÇÕES. A pessoa não pode doar de modo que fique sem parte, ou renda suficiente para lhe assegurar a existência (Código Civil, art. 1.175).

§ 4.209. Inegociabilidade

1.LIMITES OBJETIVOS DA NEGOCIABILIDADE. Para que se possa

exercer o auto-regramento da vontade, há, além dos limi

t‟es de ordem subjetiva, os de ordem objetiva. Não se pode negociar sôbre bens que não podem ser atribuidos ao patrimônio de alguém, como a lua, o ar que rodeia a terra, a luz do sol (salvo, *e. g.,* para a servidão de luz, em que o objeto nA» é a luz, mas o prédio serviente), nem sôbre bens de que não há poder de disposição *(e. g.,* os bens de uso comum do povo), ou de que o titular do direito de propriedade e posse, ou só de propriedade, ou só de posse, não tem poder de disposição. Não é correto dizer-se que só se pode negociar sôbre bens patrimoniais. O

casamento é contrato bilateral e, pois, negócio jurídico. A adoção é negócio jurídico.

No art. 145, II, do Código Civil fala-se da nulidade do ato jurídico (não só do negócio jurídico), por ilicitude ou impossibilidade do objeto e o assunto já foi versado no Tomo III, §§ 258, 5, 256, 3, 269, 5; IV, §§ 380, 1, 383, 4, 887, 1, 389, 2, 390, 2, 5, 892-894, 397, 405, 2, 6, 406, 1, 407, 8, 4, 414, 1, 415, 1, 485, 3, 462, 2, 476, 1, 504, 5. No Código Comercial, art. 129, inciso 2, diz-se que “são nulos todos os contratos comerciais que recairem sôbre objetos proibidos por lei, ou cujo uso ou fim fôr manifestamente ofensivo da sã moral e dos bons costumes”.

A inegociabilidade pode ser referente a um dos direitos ou alguns dos direitos que recaem sôbre o bem, como se dá com o usufruto (Código Civil, art. 717), que, no entanto, 4 negociável entre o usufrutuário e o dono do bem.

2. SANÇÀO À INFRAÇÀo DA REGRA JURÍDICA, ESCRITA OU XXO-ESCRITA, QUE ESTABELECEU A INEGOCIABILIDADE. Se o bem nilo é objeto de direito, nem pode ser objeto de direito, a sanção 6 a de *inexisténcia:* não existe negócio jurídico. Se o bem é objeto de direito, porém não é negociável o direito sôbre êle, a sansão é a da *nulidade:* o negócio jurídico é nulo.

As regras jurídicas sôbre inegociabilidade podem só se referir aos contratos de direito comercial, ou aos contratos de direito administrativo, ou a determinada espécie de contrato. Em princípio, as regras jurídicas sôbre inegociabilidade apanham os contratos e os acôrdos de transmissão da propriedade e os de transmissão da posse, a despeito da abstratividade dêsses. Quem adquire por acôrdo de transmissão sabe o que 4 Que adquire e não pode ignorar a lei.

3.IMPOSSIBILIDADE AO TEMPO DA CONCLUSÀO 130 CONTRATO BILATERAL. Nos contratos, a impossibilitação da prestação atribuí a qualquer dos figurantes o direito de resolução. Se a impossibilidade anterior não é "relativa", expressão que se emprega no art. 1.091 do Código Civil, há *nulidade.*

Lê-se no Código Civil, art. 1.091: "A impossibilidade da prestação não invalida o contrato, sendo relativa, ou cessando antes de realizada a condição". Advirta-se que a regra jurídica tanto concerne à condição como ao têrmo, e não só à condição. Relativa é, aí, a impossibilidade que pode ser afastada, conceito, êsse, no fundo, contraditório, pois impossível não é o que por algum meio é possível.

Impossibilidade superveniente de modo nenhum é causa de invalidade. Da impossibilidade ao tempo da conclusão do contrato, bilateral ou não, como de qualquer negócio jurídico, unilateral, bilateral, plurilateral, já o Código Civil tratara no art. 145, ~ 2.~ parte. Da impossibilidade superveniente, nos arts. 865-867, 869-871, 876, 877, 879 e 882. No art. .1.091, o Código Civil empregou a expressão "não invalida". No sistema do próprio Código Civil já se havia cogitado da impossibilidade ao tempo da conclusão dos negócios jurídicos, de modo que o art. 1.091 só se pode interpretar como explicitante e como regra jurídica para se afastar qualquer alegação de nulidade por efeito de impossibilidade relativa. Que é impossibilidade relativa? Certamente, só se pode pensar em impossibilidade objetiva, e não em impossibilidade subjetiva *(e.* g., o devedor não tem meios para obter o objeto **a-.**

da prestação). Se houve naufrágio antes da conclusão do contrato e para se trazer à superfície o conteúdo do navio as despesas seriam enormes (excessivamente maiores do que o valor da prestação), há impossibilidade. Idem, se, antes da conclusão do contrato. fôra furtada e não foi encontrada antes de ter de ser prestada, ou no momento de se prestar, ou antes de ser resolvido o contrato por inadimplemento, ou não ter sido prestada a indenização por mora.

Não cabe aqui invocarem-se as regras jurídicas sôbre a impossibilidade superveniente; portanto, a nulidade nada tem com a culpa (FR. LEONHARD, *Aligemeines Sehuldrecht,* 814; R. HENLE, *Lúhrbitdi des Rúrgerlichen Redita,* II, 175,; Huco KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Sohuldrechts,* 112; ERIGIr MOLITOR, *Schuldreeht,* 1, 67; PALANDT, *Riirgerlicites Gesetzbuch,* 143 ed., 316; sem razão, H.

TITZE, *Die ~~môglickkeit der Lcistung,* 247; PE.]1{ECK, *Grundriss des*

Schuldreckts, 141; II. SIBER, *Schuidrecht,* 190; JOSEI~" ESSER, *Lehrbueh des Sehuldrechts,* 145).

Oart. 1.091 do Código Civil tem a função de, nos contratos, se a impossibilidade é relativa, como se o devedor não podia adquirir o que vendera, ou alugara, ou, por outro contrato, se vinculara a prestar, tem de indenizar, sem se apurar se houve culpa, ou não, se o devedor ignorava, ou não, a impossibilidade relativa. I~ impossibilidade relativa a que ocorre na venda de terreno para a qual é de mister permissão do Estado e tal permissão, juridicamente admissível, não foi dada antes da conclusão do contrato. Se foi negada depois, o caso é de impossibilidade superveniente, salvo se do contrato se tira que se prometera a obtenção da permissão antes da conclusão do contrato (PALANDT, *L>iirgerliches Gesetzbuch,* 270 s.; KARL LÃRENZ, *Lehrbuelz des Sckuldrechts,* 1, 64). Mudam, então, os princípios.

O art. 1.091 do Código Civil alude a condição. Condição suspensiva. Porém ao têrmo inicial interessa a mesma regra jurídica. Se a prestação é, no momento da conclusão do coutrato, impossível e, antes de se implir a condição, ou antes de se chegar ao último momento do têrmo inicial, se fêz possível, nEo há invalidade.

§ 4.210. Nulidade e anulabilidade

1.CÓDIGO CIVIL, ARTS. 145-158. As regras juridicas dos arts. 145-158 do Código Civil, já expostas, principalmente no Tomo IV, incidem em se tratando de negócios jurídicos bilatereis e de negócios jurídicos plurilaterais, como de negócios Jurídicos unilateraís.

A invalidade pode ser da oferta e a conclusão do negócio Jurídico não se opera. Pode, todavia, ser só da aceitação e ser a tempo aceitação válida.

A oferta e a aceitação são negócios jurídicos, necessários formação de outro negócio jurídico. Não importa se, antes **$** das regras jurídicas que lhe deram irrevogabilidade, não no eram. Hoje, são. Os que, como A. KÕPPEN

(Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, *Jh,erings Jakrbiieher,* 10, 150), Austentaram já serem negócios jurídicos a oferta e a aceitação , percebiam a evolução que se operava mais do que se faziam precursores de teoria nova. A oferta já traz em si suporte fáctico que entra, como suporte fúctico da oferta, no mundo jurídico; e

o mesmo acontece à aceitação. A concepção, que reduz a oferta e a aceitaçâo a duas quantidades do mesmo negócio juridico, não leva em conta que se juntam duas unidades para se formar outra unidade, de tipo bilateral, ou plurilateral.

Também com o testa-de-ferro não se há de confundir o representante. Aguêle figura, pôsto que outrem esteja por trás, no mundo Láctico. tsse nfto figura, mas está na frente, em vez do *dominus,* no mundo jurídico. Com essas precisões livramo-nos das díscussões a que levariam as opiniões de FR. **LEONHARI3** *(Vertretung beim Fahrniserwerb, 5),* R. LEoN**HARD** *(Allgemei"ner Teu,* 802) e II. ISÂY *(Die Geschãftsführung nack Jem BGR.,* 166).

Procurou A a casa de automóveis e ofereceu-se a comprar rm dêles por x, marcando prazo para aceitação, por precisar do automóvel às cinco horas. O vendedor disse que transmiti *ria a* oférta ao dono da casa de automóveis e daria a resposta entre quatro e cinco horas. Às quatro horas telefonou e disse à mulher do oferente que a oferta estava aceita e enviaria o automóvel às cinco horas. Discutiu-se se concluído estava o neg&io jurídico (fl.

KOPPERS, Willenserkllirungen mittels Fernsprechers, *Deutsche Juristen-Zeitunq,* VI, 112). Não se pode responder a *priori.* Tem-se de saber se a mulher, pelas circunstâncias, podia *receber a* aceitação, como representante, ou como núncio. Um dos elementos é a transmissão da noticia ao marido, com o informe da hora.

Outro, ser de entender-se que o marido admitiu que a resposta não lhe fôsse pessoal-mente dada. Estão superadas as soluçóes de E. II6LDER (tber WilI&nserklãrungen núttels Fernsprechers, *Dcutsche Juristen*

-Zeitun.q, VI, 156) e II. **RÂBICHT** (Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklãrung, VI, 264-269).

2. CÓDIGO **COMERCIAL, ARTS.** 129, 122-125. As regras jurídicas dos arts. 129 e 122-125 do Código Comercial concernem, em principio, a todos os negócios juridicos bilaterais e plurilaterais, que se tenham de **a-.**

considerar *negócios juridicos comerciais.* Lê-se no art. 129 do Código Comercial: “São nulos todos os contratos comerciais: 1. Que forem celebrados entre pessoas inábeis para contratar. 2. Que recaírem sôbre objetos proibidos por lei, ou cujo uso ou fim fôr manifestamente ofensivo à s~ moral e bons costumes. 3.

Que não designarem a causa certa de que deriva a obrigação . 4. Que forem convencidos de fraude, dolo ou simulação (art. 828). 5. Sendo contraídos por comerciante que vier a falir, dentro de quarenta dias ante-flores à declaração da falência (art. 827) **“.** O art. 129, mciaos 1, 2 e 4, corresponde ao Código Civil, arts. 145, 1, II, e 147, 1 e II. Algumas imperfeições foram superadas. Há a diferença entre a nulidade e a anulabilidade, que o Código Comercial , porém cujos conceitos não tinham precisão e clareza. No 1kg. n. 737, de 25 de novembro de 1850, os arts. 682. –694 não foram, também, felizes. Hoje, o que se há de consultar é o sistema jurídico, em todo o direito privado, porque o Código Civil *precisou* e *esclareceu* o que se tinha, com o ensejo para se repelirem errônias graves, como a de se chamar “rescisão” à “anulação”.

a) A *nulidade* por *incapacidade* de um dos figurantes foi prevista no art. 129, 1, do Código Comercial, mas havemos de entender que somente se referia e se refere à incapacidade absoluta (cf. Código Civil, art. 145, 1). No Reg. n. „737, o art. GEZ 1 1.0, apenas aludiu ao art. 129 do Código Comercial.

b)A *nulidade* por *ilicitude* ou *impossibilidade do objeto* é versada no art. 145, II, do Código Civil e no Código Comercial , art. 129, 2 (Reg. n. 737, art. 6S2, § 1.~>.

c)A *nulidade* por *infração da regra juridica sôbre Jorrns* está no art. 143, III, do Código Civil (arts. 82 e 180) e também no Código Comercial, art. 124, pôsto que tenha havido a suposivIo de poderem ter validade no plano do direito civil, o que hoje não pode acontecer: “Aquêles contratos para os quais neste Código se estabelecem formas e solenidades particulares não o produzirão ação em juízo comercial, se as mesmas formas e solenidades não tiverem sido observadas”. No Código Civil, art. 180, está dito: “Não vale o ato que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. S2), salvo quando esta confine Sanção diferente contra a preterição da forma exigida”. Em **tOdO** o caso, “a nulidade do instrumento não induz a do ato que êste puder provar-se por outro meio” (Código Civil, art. 152, parágrafo único).

d) A *nulidade* por preterição de alguma *solenidade que a lei coiwidere essencial à sua validade,* de que trata o art.

145, IV, do Código Civil (cf. Tornos III, §§ 312, 1, e 888, 1; IV, §§ 390, 4, 5, 408, 1, 404, 405, 1, 2, 8, 6, 406, 1).

O Reg. n. 787, de 25 de novembro de 1850, já dizia (art. 682, § 2.0)

ser caso de nulidade "quando fôr preterida alguma solenidade substancial para a existência do contrato e fim da lei", referindo, como exemplos, os arta. 265

(revogado), 302 e 406 do Código Comercial. A incompetência do oficial da escritura, pública é infração. Infração é a falta de autorização judicial, ou administrativa, ou legislativa, se essencial ao negócio jurídico.

Nem sempre a lei proibitiva sanciona com a invalidade a infração. Os atos de comércio praticados pelos não-comerciantes valem, a despeito da proibição que se enuncia no art. 2. do Código Comercial. Daí a referência a explicitude (= taxatividade), no ad. 145, V, do Código Civil.

e) A *nulidade* do negócio jurídico pode decorrer de regra jurídica que a comine, mesmo fora das espécies anteriores (Código Civil, art. 145, V, *ver bis* "a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito"). São exemplos: no Código Civil, arts. 207, 208 e 1.125. Porém as mais das vêzes a expressão "não pode **...**" importa sanção de nulidade; *e. g.,* os arts. 1.132, 1.133 e 1.184; no Código Comercial, o art. 288 (**"...** em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluido e **. . .** que desonerar de têda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social"), o art. 468

(a propósito de escrituras de hipotecas de navios), o ad. 656 (sôbre contrato de câmbio marítimo) e o art. 677

(sôbre contrato de seguro marítimo).

As causas de *anulabilidade* são as que se apontam no art. 147, 1 e II, do Código Civil (incapacidade relativa, êrro, dolo, coação, simulação ou fraude contra credores, cf. arts. 86 e 113; Código de Processo Civil, ad. 252). No Código Comer-daí, art. 129, inciso 4, dizia-se serem "nulos" os contratos comerciais "que forem convencidos de fraude, dolo, ou simulação", mas havia impropriedade de linguagem e o Código Civil, mesmo se lhe damos interpretação literal, o derrogou. o sistema jurídico, ainda nesse ponto, está integrado.

Entendia TEIxEIRA DE FREITAS, arts. 505, inciso 5, e 528-549, que a *fraude contra credores* é causa de *anulabilidade,* e não de *ineficácia relativa.* O Código Civil, arts. 106-113, concebeu-a como causa de anulabilidade, tendo a relatividade como concernente à legitimação ativa, e não quanto à eficácia. O negócio jurídico fica desconstituído, a

despeito de somente os credores, que o eram ao tempo da conclusão do negócio jurídico, poderem pedir a decretação da anulação (ad. 106, parágrafo único). Insurgiu-se contra isso J. X.

CARVALHO **DE MENDaNÇA** *(Tratado de Direito Comercial,* VI, 61, nota 1, e VII, 506), mas seria ir contra o próprio Código Comercial e contra o Reg. n. 787, de 25 de novembro de 1850, arts. 684, § 1.~, 686, § 5.~, e 694.

No direito falencial, o problema muda de figura. Nêle, a ação não é, sequer, para que, em relação aos credores, seja sem eficácia o negócio jurídico, mas sim para que, retirada *a voz,* no que prejudica os credores, os efeitos **a-.**

prejudiciais sejam eliminados (cf. Tomo XXVIII, §§ 8.362-4.370, e os mais Tomos

e

lugares

referidos no § 8.862, 1).

Lê-se no Código Comercial, ad. 139: “Tôdas as questões de lato sôbre a existência

de

fraude,

dolo, simulação, ou omissão culpável na formação dos contratos comerciais, ou na sua execução, serão

determinadas por arbitradores”. Não se pode dizer que esteja ab-rogado ou derrogado o ad. 189, mas

a regra jurídica teve de inserir-se no sistema jurídico conforme os momentos posteriores,

principalmente depois do Código de Processo Civil. Se o caso é de perícia, certamente

que

aos

peritos fica a missão de dar o laudo pericial (Código de Processo Civil, arts.

129-132, 254-258).

No Código Comercial, art. 129, inciso 8, fala-se da *nulidade* dos negócios jurídicos bilaterais “que

não designarem a causa ceda de que deriva a obrigação”. O texto tem de ser explicado, e não só

exposto (Tomo XXIX, § 3.894, 15). Os autores do Código Comercial, como os juristas de quase todo

o mundo, não estavam a par da distinção entre *negócios jurídicos causais* e *negócios*

juridicos

abstratos. Sôbre *causa,* Tornos III, §§ 261-270; IV, §§ 360 e 478; XXII, §§

2.683, 2, e 2.763; XXV,

§§ 3.003, 1, 3.011, 3, e 3.013, 1; XXXII, §§ 3.670, 2, 3.704, 3, e 8.721. Sôbre negócios

jurídicos

abstratos, Tomos III, §§ 269, 3, e 270; IV, §§ 430, 11, e 394, 6; XX, § 2.446; XXII, §§ 2.763-2.766;

XXIII, §§ 2.822, 2, 2.827, 9, 2.853, 4; XXV, §§ 3.011, 3.013, 1, 3.039, 2; XXVI, § 3.141, 1; XXXI,

§§ 8.571, 1, e 8.586, 4.

As regras jurídicas do 1kg. n. 737, arts. 683-694, sôbre nulidades de pleno direito

e

nulidades

dependentes de sentença (que êle diz, com êrro palmar, dependentes de

"rescisão")

e

entre

nulidades absolutas e nulidades relativas estão superadas. Aliás, no que elas correspondiam

a

conceitos exatos, acham-se no Código Civil; e a doutrina e a jurisprudência não se preocupam com os

textos dos arts. 683-694 do Reg. n. 737.

Cumpre, porém, advertir-se que alguns juristas, ledores incautos de livros estrangeiros, falam de

nulidade, como se tratassem de inexistência.

3.IMPOSSIBILIDADE

DA

PRESTAÇÀO

OU

DA

CONTRAPRESTÃÇÃO. Se o objeto do ato jurídico é impossível, há *nulidade.*

A

regra

jurídica do ad. 145, II, 23 parte, do Código Civil é regra jurídica geral; mas, a propósito dos negócios

jurídicos, quer unilaterais, quer bilaterais, quer plurilaterais, cresce de ponto a sua relevância, por ser

prestação o objeto da relação jurídica que dêles se irradia, razão por que se cogitou de mais preciso

conceito de impossibilidade.

Na técnica legislativa, podia ser redigida a regra jurídica como abrangente de to

dos

os

negócios

jurídicos. Todavia, o Código Civil alemão, § 308, e o Código Civil brasileiro, ad. 1.091, se ativeram aos contratos. Isso de modo nenhum impede que se leiam o Código Civil brasileiro, ad. 1.091, e o Código Civil alemão, § 808, como compreensivos de dívidas oriundas de quaisquer negócios jurídicos.

Se a prestação é impossível, há a nulidade. Se a impossibilidade é afastável, não há,

a

rigor,

impossibilidade. Se há condição ou têrmo, o que se há de entender é que possível tem de ser a

prestação ao tempo em que o devedor a tem de fazer. Assim, ou a im

possibilidade

da

prestação é desde antes da conclusão do negócio jurídico, ou simultânea à conclusão ou sobrevém. A impossibilidade originária ou inicial eiva de nulidade

o negócio jurídico; mas, se há condição, ou têrmo, o que se há de interpretar é que se conhecia a impossibilidade ao tempo da conclusão do contrato, e se prometeu a prestação, crendo-se em ser possível ao tempo do implemento da condição, ou da expiração ou advento do têrmo.

Quando a impossibilidade não é objetiva, mas só subjetiva (z não o é para todos, e sim apenas para alguns, entre os quais está o devedor, ou só para o devedor), não há nulidade. Por isso, pode-se, vàlidamente, prometer o bem que é alheio, ou de que não se pode dispor (as leis prevêem afastamentos das proibições de dispor; *e.* g., pela sub-rogação real).

A impossibilidade da prestação duradoura, devido a incapacidade para trabalhar, não determina o nascimento da *pretensão à resilição,* nem à *denunciabilidade* (cp. A. HUECX, *Kiindigung und Entlassung,* 16), mas à *dispensa, à despedida.*.

Parte II. Responsabilidade do figurante por vícios de direito e por vicios da objeto **a-.**

CAPITULO 1

AS DUAS ESPÉCIES DE VíCIOS DA PRESTAÇÃO

§ 4.211. Precisões conceptuais

1. **OBJETO DA PRESTAÇÃO ANTES DE HAVER A PRESTAÇÃO.**

O objeto da prestação pode, antes de ser prestado, não o poder ser, ou não o dever ser. Quem promete o que não existe, nem pode vir a existir, promete o impossível. Não se pode dizer que promete o impossível quem promete os bezerros que ainda não nasceram, ou as malas ou as máquinas que ainda não foram fabricadas. Quem promete o que juridicamente nunca poderia ser prestado promete o impossível. É o caso de quem promete extensões na lua, ou no oceano. Porém não se há de entender que promete o impossível quem promete vender a casa que no momento pertence a outrem, quer na negócio jurídico tenha dito que não tem a propriedade e a posse do que prometeu, quer não o haja explcitamente comunicado. Assim, o que é impossibilidade afastável impossibilidade não é. O momento de prestar é da maior relevância. Não se pode pretender a decretação da nulidade do contrato por impossibilidade jurídica se, na data em que se conclui o contrato, não nasceu o animal vendido, ou o devedor não adquiriu a propriedade e a posse do bem vendido. Se, porém, no momento de adimplir, ainda não nasceu o animal, ou o devedor ainda não adquiriu o bem que vendera, deixa de cumprir o prometido.

Oobjeto pode não ser prestado e pode ser defeituoso ou viciado a ponto de, prestado, ter-se como *adimplemento ruim* o ato da prestação.

Oassunto das *nulidades,* quer por impossibilidade jurídica quer por impossibilidade objetiva, já foi tratado no Tomo IV.

Aqui, o que nos interessa é a prestação frustrada, juridicamente, ou incompleta, de que resultou evicção, ou ação por adimplemento ruim, e a prestação com vícios objetivos, de que resulte a redibição, ou a exigência de abatimento no preço. Numa e noutra espécie, houve a prestação e sobrevém que se recebeu o que não *devia* ser prestado. Não se deve prestar o que não podia ser prestado, nem o que podia ser objeto de prestação, porém, *in casu,* não era o que se teria de prestar, ou não era ou não estava como se teria de prestar.

2.ATITUDE METODOLÓGICA. No trato dos dois assuntos

o da demonstração do defeito de direito ou do vicio de direito e o da demonstração do defeito do objeto ou vício do objeto tem-se de abstrair do que poderia, ou não poderia, no momento da conclusão do

negócio jurídico, ser objeto de prestação, quer jurídica quer objetivamente. O que importa é o ocorrido *depois,* isto é, ao tempo da prestação.

Aqui, há alguns problemas sutis, como o da prestação do bem alheio, de que se tem posse *ad usucapionem,* e o tempo para se usucapir só se completou após o ato da prestação, e o do vicio do objeto que existia ao tempo do ato da prestação e deixou de existir. Num e noutro caso, a ação do recebedor extinguiu-se: existiu, mas ocorreu a sua extinção.

O devedor pode ter prometido o bem livre e desembaraçado. Pode ter prometido o que lhe caberia, após certo têrmo, ou condição, ou apenas o direito à titularidade, ou so à posse, ou mesmo só a posse.

§ 4.212. Vícios de direito

1. CONCEITo. Somente se pode falar de defeitos ou vícios de direito quando, a propósito da *titularidade* do promitente, que prestou, o credor recebe bem, ou recebe bens, um dos quais, alguns ou todos, que são *menos* do que aquilo que o devedor tinha de prestar. Não se pode pensar somente em titularidade do domínio, nem, sequer, **a-.**

somente em titularidade sôbre bens corpóreos, ou corpóreos e incorpóreos suscetíveis de propriedade. Os serviços, por exemplo, podem ser juridicamente viciados.

As regras jurídicas dos arts. 530, 1, e 521 do Código Civil, as que se referem à aquisição da propriedade em virtude da aquisição da posse, em se tratando de títulos circulares, e, até certo ponto, as que estabelecem prazos curtos para a aquisição da propriedade pela posse de boa fé (arts. 618, 580, 111, e 551) reduziram de muito a importância da responsabilidade pelos defeitos ou vícios jurídicos do objeto prestado. Por exemplo: o comprador de bem imóvel adquire a propriedade mediante a transcrição do seu título, mesmo se o bem imóvel não pertencia ao vendedor, se o vendedor figurava no registo de imóveis como dono e a inexatidão do livro não era conhecida pelo comprador. Os direitos do terceiro, êsses, somente podem ser contra o vendedor, que obrou ilicitamente, ou não. Se o comprador não adquire a propriedade, ou se a adquire de menos do que se lhe devia, ou gravada de algum direito real limitado, caracterizado está o vício do direito.

Se, no momento da conclusão do negócio jurídico, o outorgado

conhecia o defeito ou vício jurídico, nem adquire o direito sôbre o bem, nem tem ação contra o outorgante. Quase sempre estavam combinados. Assim, se A é dono do prédio e B propõe ação executiva de título extrajudicial ou de título judicial contra C, com a penhora do prédio de A, ou de parte do prédio de A, a transcrição da carta de arrematação não dá a propriedade do prédio a B, adjudicatário, nem ao arrematante O, isto é, à pessoa que adquiriu, conhecendo o vício, a falta de titulo regular por E, ou por O. Se o direito do terceiro constava do registo, há a responsabilidade pelos vícios de direito, pois o comprador não adquire a propriedade.

Enquanto não há a ação do terceiro, pode o outorgado exercer a *pretensão ao adimplemento,* que, se já houve a prestação, é ação para que bem cumpra, uma vez que houve *adimviemento ruim,* que também é inadimplemento.

Se o outorgante não cumpre como teria de cumprir, *e.* g., livre de gravames o bem, tem o outorgado a ação de inadimplemento.

No direito brasileiro, como no direito alemão, ao promitente, ou a quem, sem ter prometido, deve prestação de titularidade (~ tem por dever transferir direito ou direitos), cabe praticar ou obter todos os *atos* necessários à transmissão e *deve* o *resultado* ou *eficácia* dêles.

Tinha-se de prever a espécie em que o outorgado já recebera o objeto da prestação. Portanto, a responsabilidade do outorgante não havia de ser só quanto à prestação satisfatória no tocante à posição jurídica formal como também quanto à permanência dessa situação, à posse pacífica e ao desfrute, ao *habere licere.* Foi a isso que proveu o direito concernente à evicção. Era isso o que interessava ao direito romano, ao direito comum e aos sistemas jurídicos que os seguiram. **A** evolução operou-se no sentido de responder o outorgante de má fé mesmo se *ainda* não houve evicção. Depois, no século XIX, assentou-se, na doutrina alemã e, depois, na brasileira, que a responsabilidade não é só no caso de evicção, mas também pelo vício jurídico de que resultou dano ao outorgado recebedor

(E.ECK, *fie Verpjlicktung der Verkãufers zur Gewãhrung des Eigentums nach rõmischem und gemeinem deutsohen Recht,* 1 5.; E. RABEL, *fie Haftung des V‟erkáufers wegen Mãngeln im Reoht,* 5 s., 80 s., 181, 218 s., 256 s., 815 s.; ADOLF WACE, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts,* **1,** 655 s.).

A dívida de impostos e taxas não atinge o bem a ponto de constituir vício jurídico. Ao adquirente cabe exigir as provas de estar quite com

o Estado o alienante.

Dá-se o mesmo em relação ao que atinge o bem em virtude de lei, como a propósito dos direitos de vizinhança e das exigências de autorização ou concessão para explorar. A promessa de obtê-las gera obrigação de fazer. A afirmação de tê-las obtido, sem ser verdade, é dolo. Todavia, é vício jurídico o tratar-se de bem móvel tombado, se a operação foi fora do lugar do tombamento, sem que o adquirente pudesse conhecer o tombo.

Se houve proXbição estatal de determinado cultivo no terreno que se alienou, sem publicidade, pode a vedação ser vício do objeto (vício redibitório ou para a pretensão *quanti minoris).* Assim, **KARL LARENZ** *(Lehrbueh des Schuldrechts,* II, 23 ed.).

A responsabilidade por vícios de direito somente *desaparece* se o outorgado renunciou a ela. A *renúncia* é inoperante se o outorgante ocultara, dolosamente, o vício e não seria de supor-se que, conhecendo-o, o outorgado renunciasse à responsabilidade. *Não existiu* nunca, se o outorgado conhecia o vício do direito e concluiu o negócio jurídico.

O outorgante responde pelo inadimplemento, inclusive pelo adimplemento ruim, por vício de direito.

Se o outorgante ainda pode prestar, cumpre-lhe eliminar o vício do direito, para que não seja devedor inadimplente. Por exemplo: B vendeu a C o bem móvel que adquirira de II, não dono; se A era o dono, pode E

obter de A a propriedade, para poder bem prestar. Se o imóvel está gravado de direito real limitado, pode E

conseguir a extinção dêsse, a fim de não ser inadimplente, ou não ter de prestar com vicio de direito.

Se, com o vício de direito, todo o negócio jurídico passou a ser sem interêsse para o outorgado, afetado está todo **a-.**

o negócio jurídico.

(Não se confunda tôda essa matéria com a da impossibilidade posterior ou superveniente, espécies em que se tem de verificar se houve, ou não, culpa do devedor. *E.* g., se houve desapropriação do bem.) Se o adimplemento, com meios do devedor, ou se o devedor os

tivesse, pode ser feito, de impossibilidade não se há de falar.

2.ELIMINABILIDADE DO VICIO DE DIREITO. Se a impossibilidade jurídica existe e é inafastável, há nulidade do negócio jurídico. Se o óbice é afastável, em rigor não há impossibilidade: o outorgante não pode prestar porque *ainda* não afastou o vício de direito e talvez *não afaste* (não queira, ou não tenha meios para o afastar). Nem cabe invocar-se qualquer dos arta. 866 e 867, 869-871 do Código Civil, só referentes à impossibilidade superveniente.

Há exemplo que clareia o assunto, de modo direto. Vende‟i A a E o prédio que é gravado com cláusula de inalienabilidade e, para prestar, pediu a sub-rogação real. O juiz julgou improcedente a ação de sub-rogação. Uma vez que o credor não renunciara à responsabilidade do devedor pelo vício de direito, responde êsse, porque o devedor não tinha argumentos para a sub--rogação real, pôsto que as sub-rogações reais sejam, em princípio, permitidas, satisfeitos os pressupostos.

Quando há algum obstáculo jurídico a que o devedor possa cumprir o que lhe incumbe, tem-se de entender que êle se vinculou a afastá-los, porque quem assume divida assume a responsabilidade por sua aptidão pessoal de prestar no momento de concluir o negócio jurídico. Não se tem de investigar a sua culpa, ou a não-culpa, ou de seus auxiliares. *Não importa se* **O** *Outorgante conhecia, ou não, o vicio de direito.* Se desde a,conclusão do negócio jurídico, ou antes, o outorgante não podia eliminar o vício de direito, responsável é. Só se lhe pré-elide a responsabilidade se o outorgado *conhecia* o vício de direito. Ainda assim, pode ter consentido para a conclusão do contrato, exigindo, explícita ou implicitamente, que se afastasse o vício de direito *(e. g.,* “vende livre e desembaraçado). A culpa do devedor só é elemento para se investigar se se trata de impossibilidade superveniente, não ligada à aptidão pessoal do outorgante.

Se há vício de direito e, antes de receber o objeto, o credor, a quem já teria de ser prestado, alega e prova que o que se lhe quer prestar é ou está viciado, o devedor incorre em mora, por inadimplemento, pois que tanto importaria o adimplemento ruim. Então, ou o credor pede a resolução do negócio jurídico com perdas e danos (Código Civil, art. 1.092, parágrafo único), ou a indenização por inadimplemento.

Se o credor, que recebeu o objeto com vício de direito, adquire, ulteriormente, o direito do terceiro, ou obtém a sua extinção, ou se, impossibilitada a entrega do objeto do terceiro, teve o compradir de indenizá-lo **(KARL**

LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts,* ~ **2**a ed., ao>, o devedor que prestou o objeto com vício de direito tem de prestar perdas e danos ao credor, porque tudo decorreu da viciosidade pela qual era responsável.

A responsabilidade do devedor que solveu mal, por aparecer vício de direito no bem prestado, existe, mesmo se o credor herda do terceiro, ou se o terceiro herda do credor, porque houve contraprestação inútil ao devedor, ou ficou diminuído o patrimônio do outorgado, ou do sucessor.

A rejeição do objeto pode ser antes de intentar o terceiro qualquer ação, ou depois, antes da decisão na ação do terceiro para o respeito do seu direito. De qualquer modo e isso nada tem com os arts. 1.107-1.117 do Código Civil o credor que recebeu o bem com vicio de direito, sem o conhecimento disso, ou sem ressalva da continuidade da sua pretensão ao bom adimplemento, pode, a seu líbito, devolver o que lhe foi prestado, pôsto que a seu risco, se não há ou se não prova o vicio de direito.

Também, com o mesmo risco, pode o credor que recebeu o bem com vício de direito entregá-lo ao terceiro (GUSTÃv BOETIMER, Schranken des Rúcktrittsrechts des Kàufers einer gestohlenen Sache, *Juristenzeitung,* 1952, 521-523; NochmaIs: **...,** 588 s.; PALANDT, *Rúrgerliches Gesetzbuch, 43* ed., 455). Se o faz, não pode exigir a *resolução* do negócio jurídico.

3.PRÉ-EXCLUSÃO DA PRETENSÃO Ã RESOLIJÇAO OU À INDENIzÂção. No momento em que conclui o contrato, o outorgado pode afastar que seja responsável o outorgante pelo vício de direito. A prestação passa a poder ser com o vício de direito, porque assim se compõe o conteúdo do direito, explicação que de certo modo torna impróprio o têrmo "renúncia", que supóe já existir o direito. Já dissemos que é ineficaz essa manifestação de vontade se houve dolo, malícia, por parte do outorgante, a ponto de se entender que, se conhecesse o vício de direito, tal qual era, o figurante não teria consentido para a conclusão do negócio jurídico.

A pré-exclusão pode ser de ordem legal, pré-exclusão *ex lege,* o que estabelece terem os outorgados de prôviamente inteirar-se de tudo quanto se refere à titularidade e à situação jurídica do outorgante.

§ 4.213. Vícios do objeto

a-.

1. PRECISõES. Quem presta o bem, qualquer que seja, corpóreo ou incorpóreo, há de fazê-lo sem defeitos de objeto ou vícios. Quem tem de prestar está adstrito a apresentar e entregar bem sem defeitos ou vícios de objeto.

Antes da entrega, o outorgado pode recusar o que se lhe quer prestar. Depois da entrega, pode êle descobrir que o objeto tem defeito ou vício, que era oculto, ou que o próprio outorgante assegurou não existir.

Ao prontificar-se a contraprestar para haver o bem, o figurante do negócio jurídico considera o objeto e as suas qualidades, a sua utilidade. Tais qualidades e tal utilidade hão de entender-se as comuns, as do uso do tráfico. Se o bem se afasta, grandemente ou relevantemente, das suas qualidades ou utilidade prevista, o credor seria lesado se o recebesse tal como é, **OU** como está. Daí, nos negócios jurídicos bilaterais, ou plurilaterais, ou o credor pede a *resolução* do contrato, ou apenas contrapresta o que seria a contraprestação *menos* a diminuição do valor.

Se o bem já foi entregue, a atitude do outorgado ou é a de pedir a *rescisão* do negócio jurídico, com perdas e danos, ou a de pedir o abatimento do preço. O pedido pode ser alternativo.

2.ESPÉCIES DE BENS E DEFEITOS OU vícíos DO OBJETO. A responsabilidade por defeitos ou vícios do objeto pode ser concernente a divida de coisa certa, ou de coisa incerta (noutros têrmos, de bem específico, ou de bem genérico). Também há defeitos e vícios do *facere* e do *nou facere,* mas aí a sanção é a de indenização por inadimplemento, de que é espécie o adimplemento ruim (Código Civil, arts. 880 e 883), ou a de ser feito por outrem o que se deveria fazer (art. 881), ou a de ser desfeito pelo próprio credor ou por outrem o que se deveria não fazer e se fêz.

a) O *adimplemento ruim,* isto é, a prestação com defeitos ou vícios do objeto, seria inadimplemento. O credor poderia recusá-la. Se o bem específico ou a coisa certa tem vícios do objeto (daqui em diante, abreviadamente, somente aludimos a vícios do objeto) que lhe retirem ou lhe diminuam o valor ou a utilidade do seu emprêgo ordinário, ou do que se lhe previu no negócio jurídico, há inadimplenmento ou adimplemento ruim. Antes do ato de prestação, pode o credor alegar que não está de conformidade com o devido. Depois do ato de prestação, há o vício redibitório, que tanto permite que se peça a

redibição, como a diminuição do que foi, ou há de ser contra-prestado.

Surge o problema de se saber qual o pressuposto para que se considere defeituoso ou viciado o bem certo, que se deve. Aqui, há as teorias em tôrno do conceito de vício do objeto:

a)a *teoria do uso em geral,* ou *do conceito objetivo do vicio,* segundo a qual só é viciado bem que não tem as qualidades usuais, ou algumas das qualidades usuais, ou alguma qualidade usual, conforme o tráfico (Fit.

HAYMANN, *Anfechtung, Sachrnãngeígewàh.r um? Vertragserfúllung beim Kauf,* 19; Fehler und Zusicherung beim Verkauf, *Fest gabe flir Reichsgericht,* III, 817 s.), mas, evidentemente, aí se abstrai do conteúdo do negócio jurídico, que pode ter preestabelecido, explícita ou implicitamente, o uso especial *(e. g.,* a estante que não servisse para livros excepcionalmente pesados) ; *b)* a *teoria do ugo rtegocialmente assente,* ou *do conceito subjetivo do vicio*

(L. ENNECcERTJS-1I. LEHMANN, *Lehrbuch,* II, *1,* § 108; MAX WoLrr, Sachmãngel beim Kauf, *Jherings Ja,hrbiicher,* 56, 15 s., 84 s.; JosEI? ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts,* 221; Eucfl MenToR, *Schuldrecht,* ~ 3□

ed., 26; PALANDT, *Euirgerliches Gesetzbuch,* 4□ ed., 471; E. voN CAEMMERER, Falschlieferung, *Festschrift Ijir* MARTIN WOLFF, 3 **5.;** WERNER FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf,* 110-128, 194 s.).

8. CONCEITO. Vício do objeto é a falta ou elemento a mais que lhe tira algo do valor de aproveitamento, ou que o retira. Todos os bens que são objeto de negócio jurídico podem ser defeituosos ou viciados.

Desde que os figurantes acordam sôbre o objeto, o outorgado teve de assinalar o bem, quase sempre por seu gênero ou classe, ou por sua individuação. ~ raro só se cogitar do bem sem qualquer outra informação. Por isso mesmo, a *teoria do uso em geral* ou *do conceito objetivo do vicio do objeto* dificilmente teria aplicação. ~ o caso do peixe que se viu no mercado e se comprou, ou do automóvel de determinada marca e ano.

Em vez disso, o que mais ocorre é apontar o outorgado a classe e requisitos que não são comuns a tôda a classe.

Quando se compra uma gravata, sabe-se que o uso do tráfico é pó-la no pescoço; porém não foi qualquer gravata o que o figurante

escolheu. Se o vendedor envia, ou entrega na caixa outra gravata, ou a entrega embrulhada, mas a sêda não é a mesma da que estava na vitrina, ou que o comprador examinou, é evidente **O** êrro, ou o defeito ou vício do objeto. Passa-se o mesmo com aquela pessoa que compra anel de ouro e se lhe entrega anel dourado. t preciso que o objeto prestando ou prestado corresponda àquele em que acordaram os figurantes e que o valor seja o mesmo. Desde que os interessados se referiram a classe e qualidade, o que se faz mister é que se atenda ao conteúdo do negócio jurídico. O bem pode ter tôdas as qualidades que os bens da sua natureza têm e não ser da classe que se *quis,* ou flUo ser apto à finalidade especial que se exigiu no negócio Jurídico. Quem vende as terras, **a-.**

"próprias para gado e com suficiente água", é responsável por mais do que o seria a pessoa que vendesse terras, sem qualquer caracterização de destino. Tem-se de verificar *com que* ou *para que* se comprou o objeto. salvo se isso não entrou no conteúdo do negócio jurídico.

Os bens têm as qualidades que são as que lhes são comuns. Todos se supõem aptos ao uso a que se destinam. Se, porém, A comprou a E o terreno de Brasília, na rua à margem dc lago, não comprou nem pode ser adstrito a receber o terreno que resta, em rua que não tem de lado o lago. Se A compra o terreno com manganês e a escritura pública fala da existência de manganês, e não há manganês ou a quantidade é infima, em relação à finalidade da exploração, há vício do objeto. Mas errou o Reichsgericht alemão em reputar vício de direito.

4. VÍCIO DO OBJETO HÁ DE ESTAR NO OBJETO. O vício do objeto há de estar no objeto. Ou se prende à sua utilidade ou finalidade tal como resulta do tráfico, do valor normal do uso, ou do que se inseriu no conteúdo do negócio jurídico, em virtude da manifestação de vontade do outorgado. Ali, só se atende a elementos objetivos do suporte fáctico e ao que está no conteúdo do negócio jurídico, independentemente de qualquer expressividade especial. Aqui, supóe-se que se manifestou vontade que atribui qualidades ou finalidades ao objeto, além das que lhe são normais ou ordinárias.

Ooutorgado tem de informar-se daquilo que deseja. Não se passa com os vícios do objeto o que ocorre com os vícios de direito.

O outorgado tem de examinar. O outorgante não tem o dever de informar. Responde ao que se lhe pergunta e pode mencionar, em anúncios, catálogos ou vitrinas, o que pode interessar aos outorgantes.

Vícios do objeto ou são defeitos de qualidade, ou vícios que atinjam qualidade, mesmo porque a dimensão, ou tamanho, ou pêso do objeto, chamado vício ou defeito de quantidade, **é** vício de qualidade (WERNER FLUME, *Eingensckaftsirrtum und Kauf,* 121 s.). O que importa é interpretar-se o negócio jurídico, inclusive se orais ou por gestos as manifestações de vontade, para se saber qual o conteúdo dêle. Quem compra papel para máquina de escrever compra o que é usual, mas

foram dadas as medidas, ou se o que está exposto na vitrina tet tamanho diferente, não foi o papel usual que se comprou.

Tratando-se de bens genéricos, de coisas incertas, como se ~iz no Código Civil, a falta da entrega quanto ao todo não *é* vicio do objeto. O outorgante, devedor, pode, depois, entregar o resto e, se houve mora, purgá-la. Se A compra doze pastas de escritório e o vendedor, B, só lhe remeteu dez, faltam duas, e nilo se poderia pensar em vício do objeto. A pretensão do credor é a entrega do que não foi remetido, ou, se o foi, não chegou ao comprador, e não a de redibição, ou de indenização dos danos por vício do objeto. Não há invocabilidade do prazo preclusivo do art. 178, § **2.0,** ou do art. 178, § 5A, IV, do Código Civil, que se refere a bem imóvel, nem o do art. 211 do Código Comercial. Se A compra terreno que êle sabe, pela oferta, de novecentos mil metros quadrados e o terreno somente mede seiscentos mil metros quadrados, o caso é de inadimplemento ruim, porém sem vício do objeto.

Pode haver resolução do contrato, ou indenização. Todavia, se o imóvel foi comprado para edifício de dimensões prefixadas e o vendedor não disse qual a metragem, mas declarou que o terreno daria para a construção, **bá** vício do objeto. O comprador, quer se trate de negócio jurídico de direito civil quer de negócio jurídico de direito comercial, só tem o prazo do art. 178, § 59, IV, do Código Civil.

Não é vício do objeto faltar ao prédio vizinho a proibição de construção ou de construção além de certo número de andares. O edifício ao lado tira a luz do prédio que foi objeto do negócio jurídico, ou lhe corta a visão panorâmica.

O defeito ou vicio é no prédio vizinho, e não no que foi alienado. Isso não quer dizer que se não possa, mediante cláusula explícita, ou mesmo implícita (“prédio sem construção a menos de cinqUenta metros”, “prédio com a perspectiva da praia”),

-considerar qualidade o que concerne ao prédio vizinho.

Tão-pouco se pode considerar vicio do objeto a rentabilidade menor do que a correspondente ao aluguer que estava recebendo o outorgante (FR. LEoNHARD, *Resonderes Schuldrecht,* 45 s.), ou o movimento anual, ou semestral, ou mensal do estabelecimento objeto do negócio jurídico. Aqui, pode o outorgante exigir, do outorgante, em cláusula especial, que lhe assegure a freguesia, ou que lhe dê todos os dados objeto o não se conseguir pelo bem o preço que se esperava > no comércio, ou nos negócios particulares, ou na Bôlsa.

Nos negócios jurídicos sôbre bem específico ou coisa certa, não se pode exigir que tenha tôdas as qualidades ordinárias do gênero, ou que não seja de outro gênero. Nesse ponto, tem-se de afastar a opinião, que era dominante, no sentido de se supor que a coisa certa não foi alienada como inclusa em certo gênero *(e. g.,* L.

ENNECCERUS-I-L LEHMANN, *Lehrbuch,* II, 866; PAUL OERTMANN, *Recht der Schuldverhiiltnisse,* II, 4; **PALANDT,** *RUrgerliches Recht,* □

14 a ed., 470), sem perceberem que eram vitimas do conceito objetivo dos vícios **do** objeto; repelem a distinção PH. HEcK *(Grun.driss des Schuldrechts,* 277), RARL LARENZ *(Lehrbuck* **a-.**

des Schuldrechts, II, 35) e tantos outros.

Certamente, todos os bens fazem parte de gênero, e o objeto do negócio jurídico ou é especifico, certo, como diz o Código Civil, ou é genérico. Se é específico, não se abstraiu do gênero, porque o que se exigiu foi *mais* do que ser algo que cabe no gênero. **O** que se quis foi o que se apontou, e não qualquer outro objeto que lhe faça as vêzes.

Se o que se quis é o que se vai prestar, ou o que já se prestou, pode ser alegado como vício do objeto não ser do gênero, porque comprar o quadro de A não é comprar aquêle quadro que está exposto, mas sim o quadro que está exposto e se diz que é de A. Se o freguês vê a amostra de vinho **X** e compra uma caixa/compra bem genérico; mas, se quis a garrafa de vinho X, que êle examinou por fora, e o vinho não é vinho X, comprou bem específico, coisa certa, mas sem ser o que se dizia.

5.QUALIDADES ASSEGURADAS. Se o outorgante afirmou ter o objeto do negócio jurídico qualidades que não seriam as exigidas normalmente, responde pela existência delas. Se B está no estrangeiro e telegrafa a alguém para que lhe compre apartamento que dê x de

renda, no momento da conclusão do negócio jurídico, e A comunica que quer vender apartamento com tal rentabilidade e assegura que êsse é o aluguer, B fêz elemento do suporte fáctico objeto com tal qualidade, e A está vinculado ao que em cláusula negocial prometeu. A cláusula está sujeita, como parte, às regras jurídicas sôbre forma que regem o negócio jurídico.

Nos negócios jurídicos que não exigem forma, porém nos quais é de uso o anúncio ou o catálogo para a escolha, ou a menção das qualidades anormais na vitrina ou mostruário, não se pode exigir que haja manifestação de vontade em papel à parte. O outorgante assegura o que anuncia sêriamente (L. ENNECCERUS-H. LEHMANN, *Lehrbuch,* TI, § los, II, a; E. MO**LITOR,** *Schuldrecht,* II, 27; WERNER FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf,*

„76 5.; sem razão: MAx WOLFF, Sachmãngel beim Kauf, *Jherings Jahrbiicher,* 56, 43 s.; Ri. HAYMANN, Mi *feohtung, Sachmãngelgewãhr und Vertragserfdhlung beim KauI,* 386 **5.; Ri. LEONHARD,** *Resonderes Schuldrecht,* 51 s., que abstraem da vontade vinculativa).

Cumpre que se tenha o que é anúncio, catálogo, ou lista. indicativa, como parte do conteúdo do negócio jurídico sempre que há remissão explícita ou implícita.

6.ENTREGA ERRADA OU EQUIVOCADA E VÍCIO DO OBJETO. **A** entrega de bem *distinto* do que foi objeto do negócio jurídico não é vício do objeto. Houve inadimplemento. O que se entregou era outro bem, e não o que se quis adquirir. Aí, não ocorre o que se dá com a entrega de bem de gênero diferente. Ou houve êrro, ou houve dolo; mas o êrro, aí, é de quem presta e importa inadimplemento.

7.VícIos DO OBJETO, ENTREGA ERRADA OU EQUIVOCADA **E** PRAZO PRECLUSIVO. A entrega errada ou equivocada quase sempre proveniente de engano na distribuição, mas, às vêzes, de engano na tomada de notas, ou na abreviação do nome do outorgante, supóe que tenha sido entregue, por êrro, o que não era o objeto do negócio jurídico, ou estava desclassificado pelo próprio outorgante.

No Código Comercial, art. 211, o prazo preclusivo, em se tratando de bens genéricos, é de dez dias após o recebimento. No Código Civil, art. 178, ~ 2.~, é de quinze dias, qualquer que seja o objeto, se bem móvel; e (art.

178, § 5Y, IV) de seis meses, se bem imóvel.

Pergunta-se: ~ Os arts. 178, § 2.0, do Código Civil, e 210 e 211 do Código Comercial são invocáveis em caso de entrega errada ou equivocada, "falsa entrega" dos juristas alemães (Falschlieferung)? A jurisprudência alemã assim o entendeu,tendo havido, a princípio, repulsa da doutrina (WOLFGANG I{ILDEBRANDT, em SCIILEGELBERCER, *Handelsgesetzbuek,* III, □

8 a cd., 1749 s.). Se partimos do *conceito subjetivo* do vicio do objeto, impóe-se a afirmativa e assim pensam E. vON CAEMMERER (Falschlieferung, *Festselzrift* júr MARTIN

WoLFP, 3 s.), A. BAUMBACH-K. DUDEN *(Hctndelsgesetzbuch,* li!- ed., nota 2-E ao ~ 878) e outros. Também quanto ao direito civil, **KARL** LARENZ *(Lehrbuch des Schuldrechts,* II, 86).

Se a falsa entrega foi dolosa, o problema é outro. O outorgado pode ir contra o outorgante, por vício de vontade, por dolo (Código Civil, arts. 92-97; Código Comercial, art. 129, inciso 4).

8.PRÉ-EXCLUSÃO **DA RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO OBJETO.** A pré-exclusão da responsabilidade por vício do objeto resulta ou de cláusula negocial, ou da lei. Ali, o outorgante manifesta vontade contrária a que se vincule por vícios do objeto, ou por alguns vícios do objeto, ou por algum vicio do objeto, e o outorgado consente; ou é o outorgado que se vincula a receber sem direito a alegar viciosidade do objeto e o outorgante consente. Aqui, é a lei que preelimina qualquer vinculação pelos vícios do objeto, ou por algum vício do objeto, ou por alguns dêles.

O alienante pode ter conhecido o vício do objeto. Daí a sua atitude de se pré-excluir, no negócio jurídico, a sua **a-.**

responsabilidade por êle. Todavia, se o alienante obrou com *dolo,* a respeito de vício do objeto, que lhe era conhecido, a cláusula de irresponsabilidade é *anulável.* No Código Civil brasileiro não há regra jurídica como a do Código Civil alemão, no § 476. segundo a qual a convenção (Vereinbarung), que afasta ou restringe a responsabilidade do outorgante, é nula, se êle, por dolo (arglistig), dissimulou o vício. Mas tal regra jurídica se subsume na regra jurídica do art. 92 do Código Civil, ocasionando, talvez, a invocação do art. 94. De ordinário, porém, a nulidade é somente da cláusula (art. 153).

9. MOMENTO **EM QUE** HÁ **DE EXISTIR** O VÍCIO DO OBJETO PARA

A RECUSA OU PARA A REDIBIÇAO OU A DIMINUIÇÃO DA CONTRA-**PRESTAÇÃO. O** momento da promessa é que determina o que **é** objeto do negócio jurídico. **O** momento em que se há de prestar, ou em que se prestou, é que determina se o objeto é sem vicio do objeto, ou com vício do objeto.

Se o vício do objeto já existe ao tempo da conclusão do negócio jurídico e o devedor pode eliminá-lo, nada obsta a que o faça para que o credor receba o que lhe foi prometido, tal como o foi. O que se pode fazer, ou que se pode obter, impossível não é.

O credor não pode exigir que o devedor, que ainda não prestou, conserte o bem prometido, ou de algum modo afaste o vício do objeto; porém, no direito brasileiro, pode o devedor notificar, cautelarmente, o credor, para que fique clara a sua responsabilidade, se não cumprir.

Se houve remessa sem transmissão dos riscos, somente a partir dessa é que se pode pensar em estar irresponsabilizado o devedor. Assim, pode haver recusabilidade da prestação se os riscos ainda incumbem ao devedor. Se há *mora creditoris,* o vicio do objeto causado e ocorrido ao tempo da mora, mesmo por fôrça maior ou caso fortuito, não pode ser óbice ao recebimento; se houve a entrega, entende-se que incide o art. 959, II, do Código Civil.

Os direitos do credor no tocante a ser sem vício do objeto o que se lhe deve nascem com a promessa. Daí poder o credor que ainda não tem pretensão a receber (= não se impliu a condição, ou não se chegou ao têrmo) exercer a pretensão à *resoizição* do negócio jurídico, alegando e provando a ineliminabilidade do vício do objeto (cf. FR.

LEONHARD, *Resonderes Schuldrecht,* 56; **PAUL** OERTMANN, *Reckt der Schuldverhiilt. izisse,* II, 3; **PALANDT,** *Ejirgerliches Gesetzbuch,* □

14 a ed., 469).

CAPÍTULO **II**

EVICÇÃO

§ **4.214.** Conceito de evicção e de responsabilidade por vícios de direito **1.CONCEITO.** *Evincere* é *ex, vincere,* vencer pondo fora,

tirando, afastando. A língua portuguêsa possui o verbo “evencer”: o terceiro, ou o próprio outorgante, que vence, quer como demandante quer como demandado, evence, porque vence e põe fora, no todo ou em parte, o direito do outorgado. O vencedor é o evictor; o vencido é o evicto. Por isso responde quem deu causa ao atingimento do direito do outorgado, à luta evincente. Assim $1.

CUJÁCIO como linGa DONELO bordaram considerações acertadas sôbre isso, frisando que, além de ser vencido, é preciso que o objeto Saia da esfera jurídica do outorgado, razão por que se exige ter sido prestado. A etimologia coincide, aí, à maravilha, com a conceituação vigente (cf. C. O. M{YLLER, *Die Lehre des rômischen Rechts von der Evilction,* 89, nota 2).

Rnoo DONELO *(De Evictione et dupUze Stiçpulatione,* 219)frisava: “Evincere, ut verbi vis et ratio facile indicat, est vincendo aliquid ab aliquo auferre et consequi”.

Os que prometem, nos contratos onerosos e, excepcionalmente, naqueles negócios jurídicos em que há responsabilidade pela evicção, têm o dever de manifestar aos outorgados os vícios jurídicos da prestação (MANUEL TEMUDO **DA** FONSECA, nas *Decisiones:* “si ilIa taceat, teneatur de evictione”).

Há *vicio jurídico* quando, por defeito na titularidade do devedor que prestou, o credor recebe direito diminuído em comparação com o que foi prometido, ou com o que, em virtude de lei, tinha de adimplir *(e. g.,* exigências de saúde pública, ou do gado)

As espécies mais frequentes são as seguintes: *a)* o devedor] não tem a propriedade do bem; b) o devedor tem a **a-.**

propriedade e não tem a posse, de modo que a entrega foi da tença, e não da posse, expondo o credor a ações possessórias; *c)* o devedor não tem a propriedade livre de direitos reais limitados; *d)* o devedor não tem o exercício completo do uso ou aproveitamento do bem; *e)* o devedor só tem a enfiteuse.

2.DIVIDA DE GARANTIA PELA EvICÇÃo E PRETENSÃO ORIUNDA DA EVICCÃO. Não se há de confundir com a pretensão à responsabilidade pela evicção, que corresponde à *garantia,* a pretensao que nasce da evicção, que já é a *dívida de prestar pela evzcoão* (dita, eflpticamente, de prestar evicção, ou, até, dívida de evicção). **O** *vitium in iure auctoris*

há de existir quando se presta; daí nasce a pretensão à responsabilidade pela evicção. Mas pode ser que a evicção não se dê e se extinga qualquer possibilidade de vir a ser evicto o objeto. Na doutrina, por vêzes se apresenta a ação cansada pela evicção como ação de regresso, porém, com isso, o que se quer é explicar o que se passou entre os legisladores e juristas romanos ao se construir a teoria da evicção. A ação não é de regresso. A evicção determinou a exigibilidade da prestação, que fôra garantida.

8. "AUCTORurAS" E EvICÇÃO. O conceito de *auctoritas* está à base do principio da responsabilidade pela evicção. Mas a natureza da *auctoritas* continua discutida pelos romanistas, como a de nenhum outro conceito.

Primeiro, há a discordância entre os que têm a obrigação da *auctoritas* como *contratual* (1". E. HU5CHKE, *tiber das Recht des* nexum, 87; E. 1. BEKKEE, *fie Aktionen des rõmischen Privatreckts,* 1, 88) e os qus□ a consideram *delitual* (R. VON JHERING, *Geist des rómisefleu Rechts,* Jv, 8Y ed., 189; P.-F. GIRARD, *Mélanges de Droit romain,* II, 5 s.; C. APPLETON, Transfert dc propriété et payument du prix à l"époche classique, *Revue historique da Droit.*. VII, 189; E. DE ZULUETA, *The Roma.n Lau, of Saie,* 8: "semidelitual"; E. PRINGSHEIM, *Th,e G"reelc Law of Saie,* 860).

Para F. **DE** VISSCHER ("Mancipium" et "res mancipi", *Nouvelies ttudes de droit romain,* 228 s.), *mancipatio* e *andoritas* são unidade; nem aquela nem essa transfere a propriedade, apenas ocorre a posse para usucapir, donde a proteção que o *auctor* lhe há de dar, até se completar o prazo para usucapião. Seguiram-no, em parte, alguns, como L. AMIRANTE, P. NOAILLES e A. MAGDELAIN.

L. AMIRANTE (II concetto unitario dell'"auctoritas", *Studi jn onore di* SmO SOLAZZI, 876, nota 4, 881, nota 11, e 884) aproxima-Se de E. DE VISSCI-IER, mas vê na *auctoritas* posição político-jurídica, de jeito que, em virtude dela, pode se tornar *auctor* e assumir, portanto, responsabilidade (878, nota 5), o que contém proposições extremamente felizes.

E". NoATLLES (L"auctoritas dans la loi des Douze Tables, *Fas et lus, Études de Droit romain,* 1948, 256) repele a concepção de E. DE VISSCI-IER quanto à *auctoritas* como garantia, algo confirmativo, em vez de estado. Para êle (262), a *auctorUas* é privilégio, em Roma a todos reconhecido, de poder servir, se os pressupostos se compõem, de fonte e de funda-mento do direito de outrem sôbre as pessoas e sôbre

as coisas. O "lorsqu‟il est dans les conditions requises" como que atribui ~*pIus* e deforma o conceito.

Para A. MAGDELAIN (Auctoritas rerum, *Revue Internatioqaaie de Droits de 1‟Antiquité,* V, 189) há na *auctoritas* concepção jurídica que se estende aos atos jurídicos e às normas gerais, frisando haver na *au etoril as rerum,* complementarÀ mente, o titulo de aquisição e a garantia.

Para II. LÉVY-BRUHL *(Auctorztas* et usucapion, *Nouveiles itudes sur le três ancien droit romain,* 1947, 20), *auctoritas* é autoridade, prestigio, mais qualidade moral que *potestas.* instituição jurídica. Na *usucapio,* haveria o *usus* e a *auctoritas,* direito teórico do proprietário.

A. **G!FPARD** (Le sens du mot "auctoritas", *Revue Historique du Droit,* 17, 889 s.) nega que "auctoritas", nas XII Tábuas, signifique obrigação de garantia de *maneipio dans* em caso de evicção. *And oril as,* para êle, é a autoridade sôbre a coisa, poder de direito. Para êle (862), a *auctoritas* está mais ligada a *usu□ cavio* do que a *mancipatio.*

Sustentou J. ROUssIER (Tus auctoritatis, *Revue Historique* diz *Droit,* 29, 281 s.), seguidor de A. **GIFFARD,** que há relação entre *auctoritas* e *potestas:* a *auctoritas* **é** poder fundado em direito; daí gerar direito. Nenhuma idéia de garantia há na *auctoritas.* Foi o legislador decenviral que, criando a *adio auctoritatis,* estabeleceu a responsabilidade em *duplum* do *auctor.* Nenhuma garantia se a compra-e-venda era aformal; na *mancipatio,* havia. Daí o interêsse em se adquirir com *mcmcipatio.* CICERO *(l‟op.,* 10, 45; *Mur.,* 2, 3) falou de "nexu se obligare", a propósito de obrigação da *auctoritas,* isto é, de se obrigar pela alienação *mancipatione (E.* E.

TEORMANN, *Der doppelte liirsprung der Maneipatio,* 249 s.). **A** *stipulatio* era necessária em se tratando de *res nec mancipi.* A *auctoritas,* para êle, é a qualidade de ser *actor; actor* é o que "produz", o autor, como para A.

BECHMANN *(Der Kauf,* 118) e para **P.** NOAILLES (L‟auctoritas dans la loi des Douze Tables, *Êtudes de Droit romain,* 228 s.). Mas L. AMIRANTE (II concetto unitario dell'"auctoritas", *Studi in aflore de* SIRe SOLAZzI, 376), faz de *auctoritas,* e não de *actor,* o *prius.*

a-.

Mancipium é *manum capium,* como *principium* é *primum capium.* Vê-se ai o papel da mão. Mas ~que é que a mão pegava? ~A mão tocava

para transferir o poder? Assim pensavam A. PERNICE *(Labeo,* III, 99), GEUR.

BESELER *(Reitrâge,* IV, 106) e ERNST SCHÕNBAUER ("Mancipium" und "nexus", *lura,* 1, 800 s.). j,Ou se trata da apreensão da coisa, como quer PH. MEYLAN (Paul, D. 21. 2. 11 pr. et la question des risques dans le contrat de vente, *Revue Internationale dos Pra jis de l*"*Antiquiíé,* III, 199 e nota 11: "saisie matérielle de la chose"). Para MAx KXSER (Neue Studien zum altrõmischen Eigentum, *Zeitschrif 1 der Savigny-Stifíung,* 168, 131 s.), a *mancipatio* foi o pegar com a mão, mas depois se fêz o ato de permutar. PAUL ROSCRAKER

(Zeiíschrif 1 der Savigny-Síiítunq 68, 448) pensou em assistência passiva do alienante, em deixar que se apanhe.

Para MAx KASER (Neue Studien zum altrõmischen Eigentum, *Zeitschrif 1 der Savigny-Síifíung* 68, 181 s.), a *mancipatio* nao transfere a propriedade, pois só tem eficácia relativa, no que se diferença, fundamentalmente, da *usucapio,* de eficácia absoluta. Há na *auctorita,s* elemento contratual e elemento não contratual (178 s.). A responsabilidade do alienante é a responsabilidade como autor do direito relativo do adquirente.

§§ 4.214-4.232. EVICÇÃO

E. E. THORMANN (Auctoritas, *lura,* V, 4 s.) atacou a concepção de MAx RASER. Nunca existiu a propriedade relativa.

§ 4.215. Dados históricos

1. DIREITO ROMANO. Em direito romano, o contrato de compra-e-venda tinha por fim a transmissao da propriedade da coisa ao comprador (LAEEÀO, L. 80, § 3, **D.,** *de contra henda emptione et de pactis inter emplorem ei venditorem compositis eI quae res venire non possunt,* 18, 1). O vendedor 0~rigava-se a praticar os atos que levassem ao fim, que se propôs; mas somente respondia pela privação do bem, que sobreviesse ao comprador, *processualmente,* em conseqUência de vícios jurídicos no tocante à posse, quer em virtude de reivindicação que o comprador sofresse, quer, por exemplo, em virtude de *adio Serviana* exercida pelo credor pignoratício, quer da

vindicatio usufructus. Vê-se bem que só se prestava aten1 ~Ao ao domínio e aos direitos reais limitados, em caso de perda da posse ou dos frutos. O vendedor respondia quanto ao *habere uM frui licere,* por parte do comprador.

Se vamos ao passado mais longínquo, temos de notar que a responsabilidade pela evicção se ligava à mancipação, e não ao contrato consensual de compra-e-venda (E. EcR, No *Verpflicktung dos Verlcãufers zur Gewdhrung dos Eigentums,* 2 s.; H. E. PELIJCER, *fie* legis actio sacramenti, 85; **O.** KARLOWA, *Rõmische Rechtsgeschichte,* III, 378 s. e 578 s.;

E.RABEL, *D e Haftung dos Verlcdufers wegen Mangeis im Redito,* 1, 5 5.; FR. HAYMANN, *fie Haftun.q dos Verkdufers fiir die Reschaffenheit der Kaufsache,* 1, 1 s$I.

Se alguém adquirira por *mancipatio* e se lhe discutia a posse, podia o adquirente denunciar o processo ao alienante *<litem denunciare, auctorem laudare)* e ês~e tinha de defender o denunciante *(litis subsistere),* salvo se se consumara usucapião. O denunciado entrava na relação jurídica processual. assumindo-a a suas expensas e risco. A fórmula era semelhante às fórmulas do direito grego cf. J. II. Lírsius, *Das altisefle Recht und Rechtsverfahren,* **II, 746)** e do direito germânico. **A** fórmula romana Quando te in lure conspicio, postulo, anne fuas (?) auctor está em Cfcno, *pra Caecina, 54,* e *pra Murena,* 26.

No direito clássico, em lugar da fórmula aparece a procura *in rem suam,* para que o alienante entre na relação jurídica processual e, se perde, sofra a *adio judicati* (JULIANO, segundo ULPIANO, L. 21, § 1, D., *de evictionibus eI duplae StipUlcLtiolZe,* 21, 2; PAPINIANO, E. 66, § 2; *Fragmenta Vaticana,* 317 e 332). Alem disso, havia, como em direito grego (J. El. Ln"srus, *Dag altiscize Redil und Recklsverfahren* II, 746), a entrada do alienante como interveniente adesivo (G. W. WETZEL, *System des ordenilicheu Zivilprozesses,* □

3 a ed., 49 s.).

Se, em direito romano, o vendedor não comparecia para defender a causa, ou se perdia, ao comprador tocava a *acUo auctorztatzs* para que se lhe desse o dôbro do preço da venda. Nos textos justinianeus, a ação se insere na *mancipatio,* sem que deixe de ser perceptível a inserção (L. 39 e E. 62, O., *de evictionibus cl duplae atipulatione,* 21, 2; L. 139, O., *de verborum obligationibus,* 45, 1).

Se as compras-evendas não eram com a *mancipatio,* não havia a *adio*

auctoritatis Tornouse uso a garantia mediante a *stipulatio,* de que a *stipulatio dupiae* foi a mais frequente. Por onde se começou, em verdade não se **a-.**

sabe (cf. E. RABEL, *Die Ilaftung des Verlrâufers wegen Mangeis im Rechte,* 1, 30 **5.;** sôbre as cláusulas greco-egípcias, C. O. BRUNS, *Pontes luris romani anligni,* ~**,** 5Y ed., 265, e **7**~a ed., 330; A. BERGER, *Die Strafklauseín in den Papl,*"*rusurkunden* 141 s.). A cláusula firmava que, *após* e *somente após* a privação, em virtude de vitória de outrem, processualmente, podia o comprador ir contra o vendedor (cf. POMPÓNIO, E. 16, §

1, D., *de eviclionibzw eI duplae stipulatione,* 21, 2). **A** responsabilidade pela evicção somente subsistia se o comprador havia defendido a causa processualmente, com tôda a diligência, principalmente com a notificação a tempo *(litis denuntiatio,* cf. O. LENEL, *Das* Edictum perpetuum, **g~a** ed., 568, nota 18). A defesa podia

em todo caso ser transferida ao vendedor, como *procura-. lar in rem suam,* ou assumida por êsse, adesivamente.

É interessante observar-se que *adio empli* podia servir para a responsabilidade pela evicção. Podia mesmo o comprador, com a *adio empli,* exigir a promessa de garantia se estipulação não tinha havido (NERÁCIO, segundo ULPIANO, *E.* 11, § 8, *O., de actionibus empli vendili,* 19, 1) e, até (Max 6a CÃs~a, *Zeitsckrif 1 der Savignv-Stifíung,* 54, 162 s.), desde logo a indenização dos danos causados pelo vício jurídico (quallti interest rem evictam non esse, L. 8, D., *dc etictionibu3 et duplae stipulatione,* 21, 2; L. 70). Cf.

sôbre a *adio empti* clii caso de evicção, E. ALEERTARIO (11 rimborso delle spese fatte daí contrattore intorno alla *res evicta, Studi di Dirilto Romano,* III, 481 s.; ERBE, Pfandrecht und Eviktion nach klassischem rômischem Recht, *Pestschrif 1* PAUL ROSCHAKER, 1, 479 s.)

No direito clássico, já se estende a outros títulos que o de compra-e-venda a garantia pela evicção, desde que oneroso o título **(PAULO,** *Sententiae,* 2, 17, 8: "Fundum alienum mihi vendidisti; postea idem ex causa lucrativa meus factus est; competit mihi adversum te ad pretium recuperandum actio empto"). Passo hesitante, que ainda códigos civis de hoje não deram, mas foi decisivo no Código Civil brasileiro, arts. 1.107-1.117.

Já havia a *exceptio evictionis imminentis (Fragmenta* 4 *Vaticana,* 12, interpolado na L. 19, § 1, O., *dc perículo eI com-modo rei venditae,* 18,

6).

2. DIREITO GERMÂNICO. A compra-e-venda é o modêlo dos contratos, no direito germânico. Se o comprador sofria a retirada da coisa, por ser de outrem, com a apreensão ou *Anefang,* assistia-lhe o recurso regressivo de garantia contra o vendedor, que tinha interêsse em defender-se para não ser considerado como ladrão. No fundo, só havia responsabilidade penal do vendedor, de que resultava, prâticamente, ter de defender o comprador. Tornou-se costume o vendedor assumir o dever de defesa do comprador. Só mais tarde se considerou tal dever como acessório do contrato de compra-e-venda. Era *dever de limpamento.* Ma.s faltava a técnica do constrangimento a defender (A. WACI-I, *Handbuch des de?tlschen ZivilYrozessrechís,* 1, 657). Se se perdia o processo, o vendedor tinha de restituir o preço e a *Russe,* pela falta, à semelhança do que se passava com o arrependimento. Só depois é que se introduziu a pretensão do comprador à indenização.

O direito germânico tinha o princípio do dever de protesto do vendedor, no tocante à incursão de terceiro, e não o de responsabilidade do adimplemento no tocante ao que foi prestado. Não dependia de estipulação, nem de forma da compra-e-venda: era dever legal. (Leges Liutprandi, 116; Sachsenspieg.el, 1, 9, § 5, e III, 4, § 6: "Sve so kopinge bekant, die sal durch recht gewere wesen des he verkoft hevet). Só não existia @sse dever se fôra expressamente pré-excluido (Sachsenspiegel, III, 4, § 2: "he ne hebbe sie ut gesceiden mit getdge, do he sie verkofte"; P. REHME. *ttber des ditesle bremiseh,e Geseizlrnck,* 89). A função do vendedor era de fiduciário, delitualmente responsável.

O preço havia de ser restituido (Lex Salica, 47, 2; Lex Ripuaria, 33, 2; Sachsenspiegel, 1, 9, § 5). Na Lex Baiuvariorum, 16, 12, ressalta que se podia prestar outra coisa equivalente, ou restituir-se o preço.

A indenização foi posterior (Lex Visigothorum, V, 4, c. 8; Lex Baiavariorum, 16, 4; Leges Liutprandi, 116; Bayerisches Landrecht de 1346, 219; cf. R. LOENINO, *Der Vertragsbruch* **imã** *seine Reditsfolgen,* 106 s. e 446

s.).

A delitualidade das alienações de coisa alheia explica a aplicação de pena, mesmo em se tratando de doações. A responsabilidade do outorgante perante o outorgado é que era diferente. Quanto ao direito

longobardo, bá, nas Leges Liutprandi, 43, referência à responsabilidade pela evicção na doação. Todavia, no direito norte-germânico, que tinha a onerosidade da doação, o doador só excepcionalmente respondia pela evicção, *e. g.,* se assumia, tácita ou expressamente, a responsabilidade (RARL voN AMIRA, *Nordgermanisches Obligalionen.. recht,* 1, 516, e 632).

No direito germânico pode-se bem notar a passagem da garantia pela perda da posse para a garantia pela perda do direito, à medida que se precisaram os dois conceitos de posse, poder fáctico, e direito, poder jurídico. **O** instituto da responsabilidade dos outorgantes pelo vicio de direito tornou-se ligado ao dever de *dar o direito* ao comprador.

Em vez disso, o direito romano ficou quase de todo peado pela concepção da evicção, por se haver retirado, por sentença, ao outorgado a *posse.* **O** direito germânico estendeu-se à Itália e a outros países, inclusive Portugal, **a-.**

libertando-os da submissào à concepção romana da evicção *da posse.*

O Código Civil alemão, §§ 433 e 434, restaurou o principio do dever de proteção contra os vícios jurídicos, com fundo germânico.

A substituição do outorgante ao outorgado, na relação jurídica processual, é de origem germânica.

Cumpre, desde já, observar-se que o Código Civil brasileiro se libertou da ljgacáo da responsabilidade pelos vícios de direito, princIpalmente em caso de evicção, que é o de que mais se cogita, ao contrato de compra-e-venda. O art. 1.107 fala de quaisquer contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, a posse ou uso; e havemos de entender qualquer direito, em vez de "domínio".

3. DIREITO LUSO-BRASILEIRO E DIREITO BRASILEIRO. À doutrina luso-brasileira e a brasileira teriam ganho se se ~houvessem forrado a influências de leituras estrangeiras,oriundas de países que não tiveram texto explícito como afonsino.

(a) A responsabilidade pela evicção, fora dos contratos compra-e-venda e troca, já o direito luso-brasileiro a estabelecia, explicitamente. Em adendo à Lei de Afonso III, que está nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 59, § 1, foi dito (§ 2): "E vista por Nós a dita Lei, adendo e declarando em eh Dizemos que se aquelle, que Vi demandado em Juizo por alguã cousa, que houve d"alguem por titulo

de compra, ou fiscaimbo, ou qualquer outro titulo, o recca, e teme de lhe seer veencida, deve nomear e chamar aqucíle, de que a ouve, oue lhe venha seer autor aa demanda, que lhe por cíla he feita; <ia se o assi nom nomear por autor, ainda que lhe a cousa seja ventida, nom lhe será elie despois theudo de lha compoer, noni embargante que esse, de que o demandado ouve essa cousa, fosse certo e sabedor como lhe era feita demanda sobre cita em Juizo, porque ainda que elIe assi seja sabedor da dita demanda, deve em todo caso seer nomeado por autor, e chamado para a defender, ca em outra guisa nom será theudo a lha Compoer". Cf. Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 30, § 2; Ordenações Filipinas, Livro III, Título 45, § 2: .... . o que lhe a coisa vendeu, ou escaimbou, ou outro qualquer de quem a houve, nomeá-lo-á".

(b)Pôsto que o mais frequente seja a inquietação pelo titular do direito, pretensão, ação ou exceção que atinge a esfera jurídica do outorgado, no que concerne ao bem, seguida de ação do terceiro, em que se dá o *chamamento à autoria,* já se aludia, no direito romano, à inquietação pelo titular do direito pretensão, ação ou exceção, seguida pela ação proposta pelo próprio outorgado. No direito anterior, o chamamento também ai se poderia dar e reconheceu-se isso, com firmeza, na doutrina *(e. g.,* J. X. CARVALHO DE MENDONÇÁ, *Tratado de Direito Comercial,* VI, 90).

No Código Civil, o art. 1.107 não pode ser interpretado como se só se referisse à eviccão positiva. Nem a referência à tomada da coisa pelos meios judiciais, que aparece no art. 1.117, bastaria a autorizar-se tal limitação.

O Código de Processo Civil, êsse, no art. 95, foi explícito: "Aquêle que demandar ou contra quem se demandar acêrca de coisa ou direito real, poderá chamar à autoria a pessoa de quem houver a coisa ou o direito real, a fim de resguardar-se dos riscos da evicção".

Conforme teremos de expor, o direito luso-brasileiro e, depois, o brasileiro não receberam a minoração da contraprestação que se há de restituir por se ter desvalorizado o bem (L. 66, § a, e L. 70, D., *de evictionibus et duplae stipulatione,* 21, 2). Recebeu a majoração. Os textos das Ordenações Afonsinas, Livro IV, Titulo 59, §§ 8

e 9, das Ordenações Manuelinas, Livro III, Título ao, §§ 2 e 4, e das Ordenações Filipinas, Livro III, Título 45, ~§

3 e 5, são expressivos e havemos de examiná-los.

4.PRECISõEs. (a) No direito romano, a responsabilidade por vícios jurídicos ligava-se, primitivamente, à mancipação. Fora daí, era preciso que houvesse a *atipuiatio.* Para adquirir, na *mancipatio,* a propriedade das coisas, o vendedor e o comprador praticavam atos que tornavam a aquisição simultânea à conclusão do contrato.

Qual o ato que deu ensejo ao nome *maneipium* é assaz discutido, conforme vimos. Mas o que é certo é que não havia diferimento de entrega, quer da coisa quer do preço.

Quando, nos sistemas jurídicos de hoje, que atribuíram os riscos da coisa ao vendedor, se a prazo a compra-e-venda, se fala de a causa da evicção ter de ser anterior à conclusão do contrato, pensa-se em contrato de prestação à vista, ainda que a prazo o preço (contraprestação). Ora, se há têrmo ou condição, quanto ao bem sôbre que pode ser evicto o outorgado, a causa de evicção tem de ser anterior à prestação, e não necessàriamente à conclusão do contrato. Tem-se de atender a que a teoria geral das obrigações e não só o direito concernente à compra-e-venda mudou, e não se pode deixar de levar em conta o que a entrega, a prestação, significa para a responsabilidade do outorgante. Não importa, tão-pouco, indagar se é real ou se é pessoal o direito que, atendido, exclui que o tenha o outorgado, ou diminui o direito que o outorgado tem.

(b) O outorgado sbmente pode ir contra o outorgante, para os efeitos do art. 1.109, ou do art. 1.108, do Código **a-.**

Civil, após a evicção (ANTÓNIO DA GAMA, *Decisiones,* d. 208, n. 1; MIGUEL DE REINOSO, *Observatiofles Praeticae,* 114 e 125).

Se o outorgado recusa a prestação, adimplemento não houve, ainda se cai em mora o credár. Se o credor deposita, desde o momento em que se tem por feito o pagamento pode dar-se a evicção, uma vez que haja o pressuposto da causa anterior. Aí, a anterioridade tem significação assaz delicada: se a causa é anterior à recusa da prestação, nenhuma questão surge; se posterior à recusa e anterior ao depósito, não há pensar-se em responsabilidade pela evicção, salvo *dolo* do devedor (cf. Código Civil, art. 958).

(c)São pontos que ficaram atrás, de muito, na evolução do instituto da responsabilidade pela evicção: *a)* o de ser atinente à posse, ou à posse e aos direitos reais; lO o de só estar ligada à defesa pelo outorgante, na ação contra o outorgado, o que é esquecer-se o “vel possessor ab emptore conventus absolutus est” da L. 16, § 1, D., *de enictionibus et*

duplae stipulatione, 21, 2; *e)* o de só se proteger o outorgado que foi evicto quanto ao domínio, aos direitos reais limitados e ao uso.

(d)O que assume a dívida de fazer ou de não fazer não pode ser responsável pela evicção. Dificilmente se conceberia situação em que alguém fôsse evicto do que recebera em□ato ou omissão . Dificilmente, dissemos.

Não é impossível que se dê. Seo ato de B, devedor, está subordinado ao respeito de patenteou de outro direito de propriedade industrial, literária, ou científica, ou artística, a evicção pode ocorrer. Em têrmos mais gerais: há responsabilidade pelo vício de direito.

Quanto ao uso temporário, se foi entregue o bem que havia de ser usado e o retirou ao outorgado a decisão judicial, evicção houve, e não só inadimplemento Adimplemento houve, o que não há é a possibilidade de se continuar a usar o bem.

(e)No direito romano, o vendedor podia reclamar que o comprador, na defesa, foi responsável pela perda da lide *sordibus judicis aut stultitía* (L. 51, pr., *de eviotioni tus et du~lae stiindatione,* 21, 2; cf. L. 8, C., *de evictionibus,* 8, 44). Foi isso o que pasou ao direito anterior e está no Código de Processo Civil, art. 98: "Se o denunciado não vier a juízo dentro do prazo, cumprirá a quem o houver chamado defender a causa até final, sob pena de perder o direito à evicção".

(f)No direito romano, o chamado à autoria não substituia. Nem no caso de chamamento ou *denuntiatio litis* (L. 68,

§ 1, D., *de evictionibus et duplae stipulatione,* 21, 2; L. 14, C., *de ev*"*ietionibus,* 8, 44), nem no caso de *nominatio domini,* que foi criação da L. 2, C., *ubi in rem actio exerceri debet,* 8, 19, e depois se chamou, no direito comum, *nominatio auctoris* ou *laudatio auctoris.* A substitu~Ição, essa, é de origem germanica. Bastariam tais mudanças para se não apegar o jurista de hoje a limites conceptuais romanos, tanto mais quanto se operou a dílataçao no campo em que se pode falar de evencibilidade.

(Observe-se que a denúncia da lide e o chamamento à autoria foram confundidas: o direito romano distinguia..as, pois a chamada em garantia era outra demanda. Hoje, o que nos importa é o trabalhar com os conceitos do direito positivo, que supóe o intervalo de tantos séculos, com regras jurídicas distintas até que se chegou à própria dilatação do campo da evencibilidade)

No art. 289 do *Codez Euricianus,* há o seguinte texto:

“Quoties de vendita re contentio [comml ovetur, si alienam fuisse constite [rit n] ullum domino praeiudicium compare [tur. E]t domino qui vendere aliena praesu[mserit diuplum cogatur exsolvere, nihilomi [nus elmptori quod accepit praetium redditurus; et quidquid ad conparate rei prof[ectumj studio suae utilitatis emptor adiec[eritj, a locorum iudicibus estimetur, et ei, [qui lalborasse cognoscitur, a venditore iu[ris aliejni satisfactio iusta reddatur”. Era o tratamento da evicção, nas compras-e-vendas. O bem não deixava de ser da pessoa a que pertencia. o vendedor ficava responsável perante o comprador e havia, a favor do proprietário, a *poena dupli.* **O** vendedor entregava ao comprador o preço que recebera.

Em princípio, entende-se que o doador não responde pela evicção, porque não deu mais do que o que era seu, o que êle tinha. Mesmo no pacto *de donando,* não prometeu mais do que o que é seu e tal como é, juridicamente.

Isso não quer dizer que não possa responder pela culpa *ín contra flendo.* Se, porém, o doador prometera objeto que ainda teria de adquirir, ficou vinculado a transmitir o direito prometido sem qualquer vicio de direito, ou, em se tratando de bem genérico, a entregar bem do mesmo gênero, sem vício de direito. Ai, há a ação de indenização, se, ao adquirir o bem, conhecia o vício do direito, ou tinha de conhecê-lo.

Fora daí, há o art. 1.179 do Código Civil, que remete ao art. 285.

§ 4.216. Vícios jurídicos e responsabilidade

1.RESPONSABILIDADE PELA Evicção . Nos contratos onerosos, o outorgante tem de prestar o que prometeu, de modo que o outorgado esteja a salvo quanto a direitos, pretensões e ações de outrem no tocante ao objeto da **a-.**

prestação. Tem de prestar, portanto, livre de direitos de terceiro. Desde que o direito do terceiro pode ir contra o objeto da prestação, em vez de somente poder ir contra o devedor outorgante, pode dar-se a evicção, pois, prestando, o outorgante não prestou o que juridicamente seria o objeto prometido. Por onde se vê que não se trata apenas de direitos de terceiro que atinjam o domínio (o cedente do crédito responde por evicção), ou consistam em direito real, ou pessoal de uso. Trata-se, em suma, de responsabilidade por *vicio de direito.*

2.COMPRA-E-VENDA. O art. 1.107 do Código Civil tem de ser lido como exemplificativo, e ao mesmo tempo se há de atender a que o direito brasileiro de modo nenhum limitou à compra-e-venda e à troca a garantia pela evicção. Diz o art. 1.107: "Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, tôda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade". Domínio está aí exemplificativamente: em lugar de domínio ou outra titularidade que se outorgue. O que importa é que se haja prestado objeto que possa ter o vicio jurídico, isto é, o vício de haver sôbre êle ou poder exercer-se sôbre êle direito, pretensão, ação ou excecão de outrem. Não se precisa estipular a responsabilidade; ela existe, em todos os casos em que a prestação é suscetível da incursão jurídica do terceiro.

Para afastá-la, sim, é de mister a cláusula expressa de irresponsabilização. Ainda em tais casos, havendo a evicção, há a incidência do art. 1.108 do Código Civil. Lê-se no art. 1.108 do Código Civil: "Não obstante a cláusula que excluir a garantia contra a evicção (art. 1.107), se esta se der, tem direito o evicto a recobrar o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dêle informado, o não assumiu A existência de domínio alheio ou de direito real alheio apenas é o que mais freqUentemente causa evicção.

Direitos pessoais podem determiná-la, como o direito do locatário e o do próprio titular de *jus retentionis* ou de outra exceção.

A responsabilidade pela evicção independe da culpa. Antes da prestação, pode ser de investigar-se se houve ou não culpa do devedor; depois, para o que concerne à evicção, de modo nenhum: a responsabilidade é independente de tôda culpa.

Se o outorgante constituiu penhor, ou hipoteca, sôbre bem de outrem, há evencibilidade (L. 9, pr., L. 82 e L. 86, §

1, D., *de ~pigneraticia actione vel contra,* **13, 7).**

Idem, quanto à locação (L. 8, L. 9, L. 88 e L. 85, D., *locati conducti,* **19, 2).**

8. TROCA. -. Quanto à troca, ela é, no sistema jurídico brasileiro, contrato consensual, e não contrato real. Se não se cumpre o que se prometeu, há a ação por inadimplemento. Se foi feita a prestação e ocorre a evicção, tem o outorgado a ação (cf. FRANO. CALLETIUS, *Ad*

TiL 45 Lib. VIII Cod. de evietionibus Commentarius, 320).

4.DIREITO DE POSSE E EvICÇÃO. Se o terceiro alega direito de posse sôbre a coisa, em ação possessória, que teria nascido antes da conclusão do contrato, ou antes da prestação, não se pode deixar de ter por evicto o outorgado. Porque êle não recebeu a posse que o outorgante mostrava ter. Certamente, a posse é poder fáctico; mas, desde que se propõe a ação possessória, contra alguém que se diz com direito a ela, é inegável a entrada no mundo jurídico (Tomo X, § 1.059). Não se pode permanecer com a doutrina estrangeira que exige sentença em petitório para que se pense em evicção, de jeito que, perdendo na ação possessória, o outorgado somente tenha a ação para adimplemento satisfatório, ou a de resolução ou resilição por inadimplemento não satisfatório. Seria impor-se ao outorgado ter de propor contra o terceiro a ação petitória. Na L. 11, § 13, *D.,de actianibus empti venditi,* 19, 1, NERÂCIO, segundo TJLPIA**NO,** dizia que o vendedor, ao entregar a coisa, deve responder ao comprador quanto a ter melhor posse em lide que sobrevenha (Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit). JULIANO considerava não entregue a coisa se o comprador não houvesse de ser tido como superior na posse, o que só permitia a ação *ex empto* (sed Tulianus **...** probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit). Na L. *35.* **ULPIANO** volve ao mesmo pensamento, mas apegado ao conceito de direito real. Tal concepção tem de ser posta de lado, ou cair-se-ia no que TH. 51155 (Das Traditionsprinzip, *Festschrift* **MARTIN** WOLFF, 141 s.) chamou "atavismo do direito das co!sas", incompossível com o direito alemão e o brasileiro. A pretensão à responsabilidade pela evicção não se limita, hoje, **à** compra-e-venda, ou à compra-e-venda e à troca. Evolução que se iniciou, bruxoleante, já no direito romano, operou-se no direito reinícola e nos nossos dias, sendo o Código Civil brasileiro o mais expressivo (art.

1.101, *verbis* "nos contratos onerosos"; Código Civil português, art. 1.046), mesmo junto ao Código Civil alemão, §§ 488 e 445, que determina a aplicação analógica.

No direito brasileiro, a não-tradição da posse é elemento bastante para se ter por não-satisfatório o adimplemento.

A posse, que o outorgado-comprador há de receber, ou a posse que o outorgado credor anticrético, ou pignoratício, Há de ter, é posse a que o titular do direito de propriedade ou do penhor tem direito. Pelo fato de não **a-.**

se ter recebido a posse própria mediata, ou a posse própria plena, não fica pré-excluido o contrato de compra-e-venda, 011 o de troca. Seria exigir-se que só se pudesse comprar ou trocar aquilo de que o vendedor ou trocador tenha posse. Seria absurdo no direito de hoje sacrificar-se o negócio jurídico a concepção que foi, de muito, superada.

Se o outorgado se fêz dono, sem receber a posse, porque ficou evicto, e pois cria tê-la recebido, há a responsabilidade pela evicção. A posse, que lhe falta, tanto pode ser a posse mediata *(e.* g., o vendedor dera a outrem a locação com poder de sublocar e o comprador só é possuidor imediato, ou é possuidor próprio mediato e possuidor imediato com a intercalação da posse imprópria mediata, do locador), ou a posse imediata *(e.* g., o vendedor transferiu-lhe a posse mediata, mas ocultou-lhe que o prédio estava locado).

Se o ato do terceiro contra o qual vai o outorgado, em ação possessória, foi praticado após a conclusão do contrato, mas a causa da posse foi anterior, tem-se de verificar se a perda da ação foi fundada na posse anterior, que justificaria o ato, ou se o não foi.

A ação pela evicção pode ir contra quem cedeu a pretensão à restituição da posse (Código Civil, art. 621), se a posse imediata não foi entregue (art. 621, parágrafo único).

5.FUNDO DE COMÉRCIO OU INDÚSTRIA E OUTROS BENS. Os arts. 1.101-1.117 do Código Civil podem ser invocados a propósito de compra-e-venda de *enirrésa* ou *fundo de comér-. cio* ou *indústria* (O. WARNEYER, *Kornmc ntar,* 1, „743; cf. Tornos XV, §§ 1.799, 1.802, 2, 1.808-1.812; XVII, §§ 2.021, 2.094, 4, 2.105, 2.174; XIX, §§ 2.303 e 2.304), de *ÚL"ntc?a, negócio de locação de quartos* ou *pensão, emnrésa iornttlística, segrédo de fábrica* ou *dc indústria* (Tomo XVI, §~ 2.003-2.006), doe direitos sôbre manuscritos (bens corpóreos~ de qualquer propriedade industrial e dos direitos autorais.

Outrossim, pode haver evicção de tubo de gás ou de pilha eletrica, ou do próprio gás encanado, ou da eletricidade fornecida.

A moeda estrangeira, que se vende, pode ser evicta, e da~ resulta responsabilidade do outorgante-vendedo~

6. DOAÇÕES. O art. 1.107 do Código Civil formulou a regra jurídica sôbre evicção nos contratos onerosos.

Mas,embora excepcionalmente, pode ocorrer responsabilidade pela

evicção, nas *doações.* O principio geral é o do não haver responsabilidade pela evicção nos negócios jurídicos gratuitos, mas o direito romano abria exceção para as espécies em que ocorrera *dolo* do doador (L. 18, § 3, 11¾, *de donationibus,* 39, 5: "Labeo ait, si quis mliii rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mui evincatur, nulíam mui actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus euni habere actionem, si dolo fecit"). LABEXO disse, segundo ULPIANO, que, se alguém me doou coisa alheia, tendo eu feito grandes gastos na coisa, e fui evicto, não me compete qualquer ação contra o doador; mas, se houve doló do doador, posso ter a ação de evicção. Na L. .69,

§ 7, O., *de jure dotium,* 23, 8, PAPINIANO pôs a regra jurídica quanto ao dote: "Cum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrabitur: ideoque rebus evictis, si mulier bona fide cas dederit, nuíla est adio viro: alioquin de dolo tenetur". Quando se pactou que, dissolvido o matrimônio, se devolvam os bens estimados em dote, declara-se a soma e não se contrai compra-e-venda: por isso, evictos os bens, se a mulher os deu de boa fé, nenhuma ação tem o marido; de outro modo, responde pelo dolo. No direito anterior ao Código Civil, tal era a solução (CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidagão,* art.

1.208, com fundamento no direito romano).

No Código Civil, art. 1.179, "o doador não é obrigado a pagar juros moratórios, nem é sujeito à evicção" entende-se, a responsabilidade pela evicção "exceto no caso do art. 285". Lg-se no art. 285: "Quando o dote fôr constituído por qualquer outra pessoa, esta só responderá pela evicção se houver procedido de má fé, ou se a responsabilidade tiver sido estipulada". O assunto, quanto aos pais dotantes, foi versado no Tomo VIII, §§ 922, 2, 3, e 989, 10. A mulher dotante responde conforme o art. 285, porque "outra pessoa", no art. 285, é o estranho ou a mulher. Os pais respondem pela evicção, porque o dote por êles não é contrato gratuito, devido às *onera matrimonn.*

-mas o dote pela mulher também o não é. e o Código Civil minoroulhe a responsabilidade.

7.ATRIBUIÇÃO DE USO E Evicção . O art. 1.107 do Código Civil fala, explicitamente, de transferência de uso.

Não poderia ser o uso direito real, porque êsse não se transfere:

constitui-se. Trata-se, necessàriamente, do uso que se tem e se dá a

outrem. A questão que logo surge é a da Iocação :

~há responsabilidade por evicção por parte do locador? A L. 9, pr., D., *locati conducli,* 19, 2, não prova a favor (E. WINDSCHEID, *Lehrbuoh,,* ~ 9.~ ed., 683, nota 8). A propósito do direito romano, a questão só teria sentido se disséssemos em que época a poríamos. Ora, o de que se necessita é da resposta no direito brasileiro. Assim ao tempo das Ordenações Afonsinas como hoje não havemos de hesitar: lá está o "houve d"alguem por título de **a-.**

compra, ou escambo, *ou qualquer outro titulo"* (Livro IV, Título 59, § 2).

O bem, cuja propriedade, ou posse, ou enfiteuse, se transmite pode já estar gravado de direito real limitado, que a outrem deu o uso. Discutia-se se isso seria vício de direito ou vício da coisa. A despeito de parecer evidente que o vicio é de direito, pois tanto é não existir como existir com gravaine, ou incidência de direito pessoal, que retire do outorgado a usabilidade, alguns juristas persistiram em negar a causa de evencibilidade, e o Código Civil italiano, art. 1.489, em verdade não afastou as dúvidas dos juristas italianos. O vício é de direito; se o outorgado não o ignorava a existência do direito de uso, responsabilidade pela evicção não há (Código Civil, art. 1.117).

As servidões são vícios de direito, e não o da coisa. Quer se trate de servidões voluntárias quer de servidêes coativas, se o fato já existia e já se havia iniciado a constituição , ignorando-o o outorgado, O fato de existir antes a causa da servidão coativa não basta para a responsabi1idade pela evicção.

~ preciso que tenha havido, antes, por exemplo, o decreto semelhante ao da desapropriação por utilidade pública e o ignorasse o outorgado. Sôbre as servidões coativas, Tomo XVIII, §§ 2.208, 4, 2.204, 2.211-2.215.

O locatário e o sublocatário têm direito a usar o bem loca-do durante o tempo que foi estabelecido para a locação, O contrato é que *dá* o conteúdo e os limites ao uso. O locador responde pela evicção, ainda que não seja proprietário, ou, sequer, possuidor mediato ou imediato, que pudesse locar.

A. ação em que se profere a sentença evincente pode ser ação de domínio, de direito real limitado, ou açêo pessoal admissível contra terceiro, ou possuidor (L. 34, § 1, D., *de evictionibus et duplae stipuiatione,* 21, 2; L. 15, § 1, e L. 39, § 5), ou qualquer ação real, ou

pessoal, inclusive a declaratéria, que se refira à inexistência do direito, de pretensão, ação, ou exceção, ou de parte do direito, da pretensão, da ação ou da exceção , ou ação constitutiva que decrete nulidade, ou anulação, que cancele o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção , ou resolva, ou resila, ou rescinda negócio jurídico de que o direito, a pretensão, a ação ou a exceção derivou, ou a própria ação rescisória de sentença ou outra decisão judicial, que tenha tal eficácia negativa.

8. LEGADOS. Pode haver evicçáo a propósito de legados, mas o assunto há de ser tratado no direito das sucessões .

9. PARTILHA. A despeito do art. 631 do Código Civil, reminiscência infeliz do art. 883 do Código Civil francês (Tornos VIU, § 903, 11; XI, § 1.219, 3, 5; XII, g§ 1.284, 1, 1.289, 2, 1.297, 1, 1.800, 5, e 1.302, 1, 2; XXV, §§

3.028, 5, e 8.042, 1), reveladora de quão pouco se sabia sObre carga de eficácia das açôes e das sentenças, há responsabilidade e havia em direito romano nas aquisições em virtude de divisão e de partilha.

Cumpre, porém, que não misturemos duas espécies:

a > Pode haver evicção entre comuneiros, após ação de divisão e ação de partilha.

b) Pode haver evicção em sendo proposta contra o outorgado ação de divísão *(actio cominuni dividundo)* ou aç5o de partilha *(adio fumilicte erciscundae)*.

Na L. 10, § 2, D., *communi dividundo,* 10, 3, diz-se que, na ação de divisão, há responsabilidade pela evicção. Na L. 66, § 8, O., *de evirtionibus et dwplae stipulatione,* 21, 2, cogita-se *da* evicção se ocorre contra co-herdeiros.

No Código Civil, art. 1.802, está escrito: “Os co-herdeiros sào reciprocamente obrigados a indenizar-se, no caso de evicção, dos bens aquiuboados”. Tanto ali como aqui a hipotese é de ação contra O outorgado do bem dividendo ou partilhando, e não da evicçâo por se ter prestado com pan *divisa,* ou como bem integro, o que ainda é *pars indivisa.* Quem vende o terreno de dez metros de frente por trinta de fundo à direita da rua II e entrega esse terreno como se divisão ou partilha tivesse havido responde pela evicção, se a sentença não lhe atribui aquilo que o outorgante disse já ter.

10. DEMARCAÇÃO. Na ação demarcatória, sempre que os limites com que se alienou p bem imóvel são menores ou diferentes dos que se lhe reconhecem na decisão, há evicção. Não é preciso, para que tal se dê, que tenha havido a divisão ou a adjudicação de que trata o art. 570, □

2 a parte, do Código Civil ..... . o terreno

contestado se repartirá proporcional-mente entre os prédios ou, não sendo possível a divisão cômoda, se adjudicará a um dêles, mediante indenização ao proprietário prejudicado"). Nem se pode dizer que a ação de demarcação é declaratória, nem se pode eliminar o que é eficácia imediata: a declaratoriedade Para o problema da responsabilidade pela evicção, é sem importância discutir-se a natureza da ação e da sentença na ação de demarcação, porque a declaratoriedade pode consistir em afirmação de serem outros os limites do terreno e ser evicto, por isso, o outorgado. Não estão em causa as relaçôes entre os confinantes, mas sim a relação entre o outorgante e o outorgado, razão por que pode aquêle, na ação de demarcação, ser chamado à autoria.

11. ANULAÇÀO POR ÊRRO. Se o contrato é anulado por êrro do outorgado, não pode êsse ir contra o **a-.**

outorgante pela responsabilidade fundada na evicção. Tem de escolher o exercício de uma ou de outra pretensão.

Se o outorgado tem de fazer despesas para defender o bem contra a ação de terceiro, ou do próprio outorgado, cuja vitória pelo autor importaria em evicção, cabe ao outorgante pagar as despesas, inclusive honorários de advogado.

12. PRÉ-CONTRATOS E EVICÇÃO. Se o pré-contrato se fêz com entrega da posse ao outorgado e não lha podia dar o outorgante, há responsabilidade pela evicção. Assim, se se transferiu com vício jurídico o direito à posse. Algo foi transferido (sem razão, DOMENICO RumNo, *La Compravendita,* 528, que não distinguiu as espécies).

A cessão do crédito oriundo do pré-contrato ou da posição jurídica pode dar ensejo à evicção.

13.PROMESSA DE DOTE E EVICÇÃO. No art. 285 do Código Civil foi dito que, constituído o dote por

"qualquer outra pessoa" antes se falara dos pais, que dotaram conjunta-mente só há a responsabilidade pela evicção se o dotador procedeu de má fé, ou se houve *pactum de praestanda evictione* (cf. art. 1.179). Os pais respondem como todos os outorgantes nos contratos onerosos; os estranhos e o cônjuge, somente de acôrdo com o art. 285.

Sedes materiae da evicção do dote, em direito romano, são a L. 22, § 1, a L. 23 e a L. 24, D., *de evictionibus et duplae stipulatione,* 21, 2.

A promessa de dote não dá a ação de evicção, porque ainda não se prestou. Na L. 41, D., *soluto matrimonio dos quemadrnodum petatur,* 24, 3, e na L. 44, § 1, está a expressão de que prometer dote é dotar (J. CHR. HASSE, *Das Gúterreeht der Ehegatten nach rõmisehem Reckt,* 1, 264-290). Porque a promessa já era vinculativa e o crédito, que dela nascia, já se incluía no dote, ou era bem sujeito às regras jurídicas do dote; portanto, dote (B.

WINTISCHEm, *Lekrbuch,* III, **g~a** ed., 17 s., nota 1; A. BRINZ, *Lehrbuoh der Pandelcten,* ~ 2Y ed., 785; H.DERNBURG, *Pandekten,* III, **q~a** ed., 30 s.). Porém daí não se pode tirar, como fêz B. WINflSCHEID (17 s., nota 5), que a *deUs promissio* dê ensejo, por si só, à responsabilidade pela evicção, o que A. BRINZ e II.

DERNBURG não admitiram. Há o prometer e o prestar, há os deveres e obrigações oriundos da promessa e os deveres e obrigações oriundos do fato de haver prestado (cf. L. ARNDTS, Zur Lehre von der Eviktionsleistung in Betreff der *dos, Arehiv fúr die oivilisiisehe Prazis,* 50, 150; A. EECHMANN, *Das rõmisohe Dotalrecht,* II, 229; 1W. COERRENS, *Evictionspflicht hei der* dos, 24;

E.CZYHLARZ, *Das rõmische Dotalrecht,* 209). Por isso, antes da prestação, não bá pensar-se em responsabilidade pela evicção e, pois, em ação de evicção, como bem frisaram A. BECIIMANN *(Das rdmisch.e Dotalrecht,* TI, 229),

1W.COERRENS *(Eviútionspflieht bei der* dos, 25) e OTTO JAECCI *(Úber die Evietionshaft hei der* Dos *dargestellt naeh rômiachem Rech,t,* 22). Se falta o adimplemento, a prestação, não há responsabilidade pela evicção. Antes disso, a ação do marido é *ex promissione dotis* (cp. K. CZYIILARZ, *Das rômi.sche Dotalreeht,* 209; ClIR. ER. VON GLÚCK, *Ausjiihrliche ErUiuterung der Pandecten,* 25, 89, que põe aí a ação de evicção).

14.MULHER OU HERDEIROS, SE O MARIDO FOI EVICTO. A mulher ou os herdeiros têm a ação pela evicção contra a pessoa que lhe

prestou o bem para o dote, O dote, além de, na espécie, ser a mulher o adquirente anterior, é dação para os *onera matrimonii,* e a evicção nada tem, aí, com o dote, porque foi entre o alienante e a dotadora. A *actio auctoritatis* é a que se exerce, sem as limitações do art. 285 do Código Civil. Idem, quanto ao dote feito por estranho. (A estipulação de responder pela evicção, a que se refere o art. 285, não é necessária para que a mulher ou seus herdeiros acionem o alienante, salvo para aumentar ou diminuir a responsabilidade comum, e entre êles e o alienante de modo nenhum atingiria a incidência do art. 285, no que respeita à mulher e ao estranho. Sôbre *duplae stipulatio* e *auctoritas,* em se tratando de dote, cf. A. CÂSPER, *Der Verkauf ciner fremden Sache nach. ràmischem und gemeinem Recht,* 41; também sôbre a *actio ex empto* e as *actiones* auctoritatis e *ex stipulatu, 49.)*

15.CONTJIÇÀO SUSPENSIvA E EvICÇÃO. Se o contrato oneroso é, no tocante ao outorgado, sob condição suspensiva, não há responsabilidade pela evicção. O direito, que o outor. gado adquiriu, não pode ser atacado por outrem, de modo a dar-se evicção (cf. Tomo V, § 544). Verificada a condiçâo, a responsabilidade pela evicção se inicia, *se adimplida a divida.*

A cessão do contrato em que há condição suspensiva pode dar ensejo à evicção.

16. TERMO SUSPENSIVO E EVICÇÃO . O têrmo suspensivo também não dá ensejo à evicção, a despeito do que se diz no art. 128 do Código Civil: “O têrmo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”, O

a-.

que aí se diz, em verdade. é que nasceu a dívida, porém não ainda a obrigação. De modo que a diferença entre o que se passa com a condição suspensiva e o que se passa com o têrmo suspensivo é sem relevância para a questão da responsabilidade pela evicção. Do contrato oneroso cuja prestação há de ser feita ao se implir a condição suspensiva nasce direito expectativo; do contrato oneroso em que se há de prestar ao advento do têrmo inicial nasce dívida sem que nasça obrigação: essa depende de se chegar ao dia de têrmo (Tomo V, §§ 545, 5, 6, 9, 547, 550, 551, e 552, 1).

£ preciso que haja adimplemento para que se possa pensar em evicção, pôsto que já tenha nascido, com o advento do têrmo, a *obrigação* .

Se antes do advento do têrmo se adimpliu, então, sim, pode ocorrer evicção.

17. ExcEÇÃO DERIVADA DA PESSOA DO OUTORGADO. £ tautológico que não se pode falar de exceção derivada da pessoa do outorgado como causa de evicção (POMPÔNIO, L. 27, D., *de evictionibus et duplae stipulatione,* 21, 2). O texto da L. 27 põe claro que determinam responsabilidade pela evicção as exceções que se referem à pessoa do outorgante (TIoc iure utimur, ut exceptiones ex persona emptoris obiectae si obstant, venditor ei non teneatur, si vero ad personam venditoris respicient, contra: certe nec ex empto nec ex stipulatione duplae nec simplae actio competit emptori, si exceptio ei ex facto ipsius opposita obstiterit).

18. NEGÓCIOS JURÍDICOS PLURILATERAIS. Nas sociedades e nos outros negócios jurídicos plurilaterais, não há o intercâmbio de prestações, como se observa nos contratos bilaterais. À conceituação dos contratos bilaterais como se compreendessem os negócios jurídicos de intercâmbio e as sociedades, uma vez que cada figurante somente promete a sua prestação porque o outro prometeu a sua, ou os outros prometeram as suas, é de repelir-se. Ainda se ativeram a ela L. ENNECCERUS

-li. LERMANN *(Lehrbuch,* ~ 14A ed., 707), PAUL KNOKE *(Das Rechi der Gesellschaft,* 12 s.), FR.

LEONHARD *(Besonderes &huldrecht,* 279), e até certo ponto A. HUECE *(Gesellschaftsrecht,* □

4 a ed., 26 s.). t

sem relevância como argumento a favor da inserção dos contratos plurilaterais na classe dos contratos bilaterais algumas regras jurídicas até certo ponto coincidirem. Não há exceção *non adimpleti contractus,* nem, sequer, a exceçflo *non rite adimpleti contractus,* se plurilateral o contrato, mesmo se há só dois figurantes *(e. g.,* só dois sócios), o que A.HUECK *(Gesellschaftsrecht, 4.*~ ed., 27), sem razão admite. A despeito de algumas regras jurídicas até certo ponto coincidirem, o que se há de assentar, de início, é que regras jurídicas atinentes aos contratos bilaterais, contratos de intercâmbio, não apanham os contratos plurilaterais (II. SIPER, *Schuldrecht,* 403; JoSEF ESSER, *Lehrbueh des Schuldrechts,* 400; H. TITzE, *liuirgerliches Recht,* Recht der Schuldverhãltnisse, □

4 a ed., 190; HANS WÍIRDINGER, *flecht der Personalgcseilschaften,* 1, 42 a.; HAUPT-REINHARDT, *Gesellschaftsreeht,* □

4 a ed., 28, com o êrro de excetuar o contrato social só entre duas pessoas; GEILER, em *,7. von Staudingers Kommentar,* **9**~a ed., 3s., § 705; PALANDT, *EjirgerUches Gesetzbueh,*

□

14 a ed., 681 s.). Não há simultaneidade das prestações nos contratos plurilaterais: cada sócio presta à sociedade, e não ao outro ou aos outros sócios. Se há inadimplemento por algum dos figurantes, há a ação de cobrança e a ação de indenização dos danos. Para que se deixasse de cogitar de evicção, nos contratos plurilaterais, o Código Civil, art. 1.377, falou da responsabilidade do socio. Há resolução, no tocante ao figurante inadimplente, ou, se já se iniciou a vida social, a resilição. E há a responsabilidade pela evicção .

§ 4.217. Aquisições nos juízos

1.EXECUÇÃO FORÇADA E EVICÇÃO. A questão da evencibilidade dos bens arrematados, ou adjudicados, mais se discutiu e se discute nos sistemas jurídicos estrangeiros do que no sistema jurídico brasileiro. No direito luso-brasileiro e no direito brasileiro, sempre se teve por expostos à evicção os bens, arrematados ou adjudicados (SILVESTRE GOMES DE MoRAIs, *Tractatus de Executionibus,* VI, 356 s.). A transcrição dos títulos de transferência é que é modo de adquirir a propriedade imobiliária (Código Civil, art. 530, 1), não a carta de arrematação ou a carta de adjudicação. As arrematações e adjudicações têm de ser transcritas (art. 532, III; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939. arta. 178, *h),* VII, 179, 239, VII).

Se, com a transcrição, o arrematante ou o adjudicatário adquiriu, *in casu,* contra quem quer que seja, a propriedade ou o direito real limitado sôbre bens imóveis, é questão à parte. Respondido que sim, o terceiro, que era proprietário, ou titular de direito real limitado, perdeu o direito de propriedade, ou o direito real limitado, que se lhe atribuia, e não mais tem ação de cuja sentença possa resultar evicção do arrematante ou do adjudicatário. Se ainda não houve a transcrição, ou se essa pode ser cancelada, de modo que **a-.**

nenhum efeito translativo se tenha por produzido, o terceiro pode ir contra o arrematante, ou o adjudicatário, e sobrevir sentença

eviucente. O arrematante ou o adjudicatário pode pedir que se lhe restitua o preço por que arrematou, ou, prestado como complemento, lhe foi adjudicado o imóvel ou o direito real limitado. Aliás, se foi descoberto que o bem não é do executado, ou que estava gravado de direito real limitado, que não constava do edital, a arrematação ou a adjudicação pode ser desfeita, até o momento da expedição da respect iva carta de arrematação ou de adjudicação (Código de Processo Civil, arts. 978, § 3?, e), e 979). Depois da assinatura da carta de arrematação ou de adjudicação, mas antes de adquirir o arrematante ou o adjudicatário a propriedade ou o direito real limitado sôbre o bem imóvel, pode dar-se a evicção. A evicção não pode ocorrer se houve transcrição eficaz e incancelável por invalidade.

Se o preço da arrematação, ou o complemento para a adjudicação, já foi distribuído, o arrematante ou o adjudicatário tem direito e pretensão a ser-lhe restituido pelos credores e, se algo recebeu o devedor mesmo, por êsse.

Em todos os casos, as despesas e custas correm por conta do exeqdente, sem que aí se haja de discutir a quem cabe pagar, a final, as despesas e custas.

Se a evicção do bem ou dos bens arrematados ou adjudicados foi parcial (no sentido largo, que lhe damos), o arrematante ou o adjudicatário somente pode exigir a parte do preço proporcional à parte evicta do bem ou dos bens arrematados ou adjudicados. Se parte do preço foi levantada pelo executado, só se lhe pode exigir a restituição depois de exigido a cada um dos exequentes.

Código de Processo Civil dá-nos argumento forte para tal solução, pôsto que se refira ao desfazimento da arrematação ou da adjudicação *antes* da expedição da carta de arrematação ou da carta de adjudicação.

Se o arrematante ou o adjudicatário entende que melhor seria evitar a evicção, pagando ao terceiro, tem de obter que os credores (e o devedor, se recebeu algo do preço) concordem, ou prestar ao terceiro, sem que a relação jurídica processual se extinga, para que haja a sentença evincente. Após ela, pode requerer que se lhe restitua aquilo com que desinteressou o terceiro.

Se o arrematante ou o adjudicatário quer desinteressar o terceiro antes de se iniciar a lide cuja sentença seria evincente, tem de propor ação contra os credores (e o devedor, se êsse algo recebeu) para que fique

assente a pertinência do desinteressamento do terceiro. A ação é declarativa positiva, pois declara que há ou havia ao tempo do desinteressamento o direito, a pretensão e a ação do terceiro contra o bem arrematado ou adjudicado.

Se a evicção foi total e o arrematante ou o adjudicatário, de acôrdo com o que acima dissemos a propósito da evicção parcial, desinteressa o terceiro, pode requerer a restituição de todo o preço.

Se a causa de evicção não seria oponível a credores privilegiados, até aí não vai a eficácia evincente da sentença.

2.ALIENAÇÕES JUDICIAis NÃO COERCITIvÂS. As alienações judiciais podem ter sido pedidas pelos interessados, ou pelo interessado. Os princípios são os mesmos de que cogitamos a propósito da execução forçada.

§ 4.218. Espécies de evicção

1.EvíCçÃo TOTAL E EVICÇÃO PARCIAL. Pode ser retirado todo o direito, tôda a pretensão, ou tôda a ação, ou tôda a exceção que foi objeto da outorga, ou só ao direito, pretensão, ação ou exceção, ou outro elemento ser subtraído, ou só à pretensão, a ação ou a exceção, ou só à ação, a exceção. Ali, a evicção é total; aqui, parcial. O

que determina ser total, ou parcial a evicção é ter sido evicto todo o objeto da prestação, ou apenas elemento dêle.

De modo que o que se retira a A ou é todo o objeto ou é, apenas, elemento do objeto, se retirado a B, que recebeu algo de que aquilo é apenas elemento da prestação.

Lê-se no art. 1.114 do Código Civil: “Se a evicção fôr parcial, mas considerável, poderá o evicto optar entre a rescisio do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido”. Se a evicção parcial não é considerável, isto é, se, *iii casu,* não é relevante, só existe a pretensão à restituição da parte do preço. (A expressão “rescisão” está em vez de “resolução”.)

2.CONCEITO DE PARCIALIDADE DA EVICÇÃO. *Evieção parcial* é a que só atinge parte do direito. Tal o conceito puramente quantitativo da evicção parcial: o que importa é não se ter retirado a totalidade do

objeto do direito. Quis-se reduzir a quantitatividade à quantitatividade *material.* Não foi sem inconvenientes êsse conceito ligado à coisa, deixando-se de parte o que retira parte do uso, do fruto ou do valor do bem. Mais uma vez se procura tratar diferentemente o objeto e o conteúdo do direito. O outorgado que sofreu evicção de um quinto do **a-.**

terreno comprado não seria considerado como o outorgado que sofre evicção por se ter descoberto o gravame do prédio. Considerar-se o direito de enfiteuse, ou o direito de penhor, ou de hipoteca, ou de anticrese, ou de usufruto, ou de uso, ou de habitação, ou outro, pessoal, mas com eficácia em relação ao outorgado como *vicios da coisa,* e não *vícios de direito,* é de repelir-se, como é de repelir-se a atitude ambígua, hesitante, do Código Civil italiano, art. 1.489: "Se la cosa venduta é gravata da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscono il libero godimento e non sono stati dichiarati nel contratto, il compratore che non ne abbia avuto conoscenza puô domandare la risoluzione dei contratto oppure una riduzione dei prezzo secondo la disposizione dell‟art. 1480". Vem-se a ler o art. 1.489 como se o legislador houvesse pensado em vício da coisa, redibitório, e logo se depara a remissão ao art. 1.480, que concerne à evicção parcial.

Assim, temos de considerar a quantidade em espaço de mais de três dimensões. O objeto da evicção pode não ser bem corpóreo, e as dificuldades de se ajustar a isso o conceito seriam enormes. Porém não é só. Na própria coisa, bem corpóreo, há as medidas das três dimensões e a do valor (quarta dimensão) e a dos elementos de utilizabilidade e fruibilidade.

No Código suíço das Obrigações , art. 196, 1.a, **2**a e **3**□**a** alíneas, o legislador manteve o conceito estreito de evicção parcial, mas incluiu os direitos que atingem o bem como vícios de direito, e aludiu-se, por isso, a evicção especial: "En cas d‟éviction partielle, ou lorsque la chose est gravée d‟une charge réelle dont le vendeur est garant, l‟acheteur ne peut demander la résiliation du contrat; il a seulement droit à Ia réparation du dommage qui résulte pour Ini de l‟éviction. II peut toutefois actionner en résiliation lorsque les circonstances font présumer qu‟il n‟eút point acheté s‟il avait prévu l‟éviction partielle. II doit alors rendre au vendeur la partie de la chose dont 11 n‟a pas été evincé, avec les profits qu‟il en a retirés dans l‟íntervalle". Note-se que, na alínea 1.a, se alude à evicção *(verbis* "qui résulte pour lui de I‟éviction"), quer em relação à chamada evicção parcial, quer em relação aos direitos que atingem o bem.

8.VALOR DA PARTE EVICTA E RESTITUIÇÃO . Lê-se no Código Civil, art. 1.114: “Se a evicção fôr parcial, mas consideravel, poderá o evicto optar entre rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido”. Temos de entender que o art. 1.114 alcança assim os casos de evicção de partes, ou de objetos (se a prestação era do todo), como a de elementos do conteúdo do direito evicto. O outorgado evicto tem a escolha entre a *resolução do contrato* e a *restituicão da parte da contrapresenção correspondente à parte evwta* (parte, aí, em sentido amplo).

Lê-se no Código Civil, art. 1.115: “A importância do desfalque, na hipótese do artigo antecedente, será calculada em proporção do valor da coisa ao tempo em que se venceu”. O princípio geral é da avaliabilidade da indenização conforme os indices do tempo do adimplemento. O art. 1.115 abre-lhe, aparentemente exceção, para o que se retira do que teria de receber, incólume, o outorgado, porque se trata de ver qual a proporção entre valôres, o do bem e o da evicção parcial.

Exceção, repitamos, só aparente; porque não se diz que a indenização passa a ser pelo valor do momento em que ocorre a evicção, diz-se, apenas, que a proporção será tomada com os valôres, total e parcial, ao tempo da evicção.

Daí resulta:

a) que o outorgante tem de prestar o quanto indenizatório conforme o valor ao tempo do adimplemento da dívida oriunda da evicção; *lO* quanto à restituição do preço, a proporção entre êle e o que há de restituido é a que se achou entre o valor do bem e o valor da *parte* evicta.

Foi explícito HERMOSILLÂ, nas *Additiones ad Glossas* Gn.EG. LopEz *super Partitas,* Part. .5, Título 5, gl. 1 à L. 82, n. 158: “Si fundus venditus fuit pro mille, et quarta pars illius evincatur, quae pro sua bonitate valeret medietatem istorum mille; evictionis actio datur pro dimidia istorum mille, non pro quarta parte, qula non attenditur mensura, sed bonitas fundi”. Adiante, enunciou o princípio (gI. 6 à L. 56, n. 92)

“Res in suo toto plus valet quam pars in sua parte; et res non affert tantam utilitatem in parte, quantam in toto respectu totius”.

Se o direito de retrovenda, ou o de preempção ou preferência, ou de melhor comprador, resulta de lei, e não de negócio jurídico, é

qualidade da coisa, que o outorgado, não podendo ignorar a lei, não poderia ignorar (J. VOET, *Commentarius ad Pandectas,* 1, 749). Fora daí, pois que se pode ignorar o direito, há evencibilidade (C. F.

WÂLCH, *Das Nãherrecht,* **8**~a ed., 848).

Vindo o terceiro exercer o direito, tem o outorgado de denunciar a lide, ou, se houve exigência direta, de propor a ação contra o outorgante, para que êsse se inteire do ocorrido e sobrevenha a sentença.

Se a evicção retira parte do bem, desvalorizando-o desproporcionalmente, não se há de invocar a regra jurídica do art. 1.114 do Código Civil, para se diminuir ao prece, proporcionalmente, o que a parte é em relação ao todo. A expressão "desfalque sofrido" concerne ao valor total, e não ao objeto.

a-.

Fins rafrt pare in toto miam si separatur distrahat?cr. O valor pode ser o comum ou o que se deu ao bem como finalidade que tinta o outorgado. Se êsse queria terreno de cinquenta por cinquenta metros em que pudesse construir hotel e a evicção é de vinte metros por cinqúenta, o que sacrifica o projeto, não só se há de atender a que, segundo a procura, no lugar, a diminuição desvaloriza o restante além de dois quintos, como também a que a compra fôra para a construção projetada, conforme consta do instrumento ou das ofertas, ou das *invitationes ad offerendum.*

4.EvIccÃo POR DETRACÇÃO DE DIREITO. Se a evicção consistiu em ser reconhecido ao terceiro direito sôbre o bem adquirido, a evicção é parcial *(e. g.,* havia servidão, usufruto, uso, habitação, hipoteca, anticrese, penhor, ou direito penal que atinge o bem) e o Código Civil, art. 1.114, é invocável. Discutia-se isso, no direito anterior, por se não haver texto sôbre a escolha, para o outorgado, entre a restituição do preço todo, com a volta do bem, o que implicaria *resolução do umtrato,* e a restituição da parte do preço correspondente à desvalorização do bem (cp. MANUEL DE ALMEmÁ E SOUSA, *Coleção de Dissertacões e Tratados vários,* 50 s.). A ação, aí, não é a *quanti minoris,* como pensava MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (52) ; pois a restituição não é por vício da coisa, e sim por vício de direito.

Se houve pacto *de non praestanda evictione,* ainda nas espécies do art. 1.114, incide o art. 1.108. O que não se presta são as indenizações e

reembolsos de que fala o art. 1.109, 1-111.

5.Evicção PARCIAL E ART. 1.109, 1-111, DO CÓDIGO CIVIL.

O art. 1.114 do Código Civil somente se refere à "restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido". Pergunta-se: ~o art. 1.114 pré-exclui, a respeito da evicção parcial, a incidência do art. 1.109, 1, II e III?

a) Se consideramos que incidem, interpretamos que se avalia o desfalque havido, para se diminuir do preço pago, e se computam as indenizações e reembolsos de que fala o art. 1.109, 1,11 e III, para que também sejam pagas pelo outorgante. *b)* Se se tem como pré-excluída a incidência do art. 1.109, 1, TI e III, o "desfalque sofrido" compreende à parte do preço que corresponde à desvalorização *mais* as importâncias a que o alude o art. 1.109, 1, II e III. o) A interpretação que sé deduzisse do preço a desvalorização do bem seria injusta, porque o outorgado pode ter tido de restituir valor de frutos, ter tido despesas do contrato, no que concerne ao direito reconhecido pela sentença de evicção, prejuízos fora da desvalorização e ter pago despesas judiciais.

Assim, a opinião acertada é a). O valor, que se há de prestar, por meio de restituição de parte do preço, é o do tempo da evicção, acrescido, conforme os princípios, se em mora o devedor, dos juros moratórios. O que o outorgado tiver pago ao terceiro por juros ou foros e laudêmios, ou outros interêsses do direito reconhecido, que determinou a evicção parcial, são frutos (art. 1.109, 1), ou prejuízos indenizáveis (art. 1.109, 6.UNIVERSALIDADES E EVICÇÃO. Se, tratando-se de venda de universalidade, a evicção foi de um só bem, não há a responsabilidade pela evicção, salvo se houve pacto especial (ANTÔNIO COMES, *Variaruin Resolutionum luris Civ ilis et Regni Libri tres,* II, c. 2, n. 44; FRANCISCO DE CAlmAs, *Com,mentarius analyticus sive ad Typurn Instrumenti Empijonis* a *Venditionis Tractatus,* c. 81, n. 48; ÁL~TARO VÂLÂSCO, *Prazis part itionum et coilationum inter haeredes,* c. 11, 17, 475: vendita haereditate simpliciter, si res aliquae haereditae evincantur, non praestatur evictio, nisi hoc nominatim inter contrahentes conveniat, et est lex singularis ..., quia est jus universale, in quo singulae res non considerantur, sed ipsum ius distinetum, et separatum a corporibus"). Quem aliena universalidade, não responde pelo número, nem pelo tipo dos direitos singulares que nela se compreendem, nem pelo valor real dos bens que a compõem. Se, antes da prestação, o devedor ofende algum bem, a sua responsabilidade é porque, adquirindo a universalidade, o outorgado

adquiriu, também, o direito e a pretensão de ressarcimento contra o ofensor, responsabilidade que nada tem com a responsabilidade pela evicção.

Se evicto foi o direito sôbre a *universitas,* quer total, quer parcialmente, cabe a responsabilidade pela evicção.

Se houve inventário dos bens compreendidos na *universitas inris,* tem-se de indagar se o arrolamento foi taxativo, ou descritivo, portanto sem importância para fazer evicção parcial da universalidade a evicção de qualquer dos bens arrolados (ou se foi para eliminar pensar-se em *universitas),* ou se foi

para se conceber, convencionalmente, como também responsavel pela evicção de qualquer dos bens arrolados o **a-.**

outorgante.

Afaste-se, porém, que a alienação de universalidade seja negócio jurídico aleatório.

Nos contratos onerosos sôbre emprêsa, tem-se de prestar maior atenção a elementos componentes

que são como o cerne da emprêsa. Se A vende a casa editôra a que pertence a obra mais importante e

por bem dizer-se razão da emprêsa, a evicção a respeito de tal obra é evicção *t* parcial

da

emprêsa.

Arrolando-se os bens, com suficiente individuação, a evicção pode ser de bem *i* individuado ou de parte

da emprêsa, e há responsabilidade pela evicção. Aqui, à diferença do que se

passaria com o contrato

oneroso sôbre herança, há de considerar-se assunçao de responsabilidade pela 1

evicção

dos

bens

individuados o rol ou inventário que foi feito. Todavia, o que importa, para tal .

interpretação do negócio

jurídico, é o rol ou inventário *anterior* à conclusão do contrato, ou inserto nêle, ou *anterior à* prestação; não

o rol ou inventário *posterior* à prestação, salvo se fôra previsto no contrato.

r

Se o que foi retirado ao patrimônio ou à universalidade lhe é essencial, a evicção é do todo. fl o que

ocorre sempre que se trata de fundo de comércio em que tudo gira em tôrno de invenção patenteada, ou de

qualquer outro objeto de propriedade industrial ou intelectual.

7.EvíCçÃo POSITIVA E EVICÇÃO NEGATIVA. Está no Código Civil, art.

1.107: “Nos contratos

onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o

adquirente dos riscos da evicção, tôda vez que se não tenha excluído expressamente

esta

responsabilidade”. No parágrafo único: “As partes podem reforçar ou diminuir essa garantia”. De maneira

nenhuma se aludiu à posição processual do outorgado: pode êle ser evicto defendendo-se na ac~o que

contra êle se proponha (evicção positiva) como na ação que êle proponha (evicçao

negativa).

As

designas çóes eviccão positiva e evicção negativa vêm de C. O. MÚLLER

(Die

Lch,

e

dí.q

rdn2iRehev Reeldes vou der ~ 92 e 107). A distincão está na L. 16. § 1, D., *de evietioníbius et d?tnlae*

stipulatione, 21, 2: “Duplae stip”lotione cornmitti dIci tur tunc, cum res restituta est petitori, vel

damnatus est litis

aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est". Evicção há quando a coisa é restituida

ao demandante, ou quando foi condenado o réu na estimação do litígio (cf.

GAIO, IV, § 48), ou

quando o possuYdor demandado pelo comprador foi absolvido.

Se o sistema jurídico reconhece a evicção negativa, necessariamente não exige que se haja transferido posse, embora fôsse a posse mesma., e somente ela, que se transferiria, porque o importante é que o direito tenha *passado* ao outorgado

a prestação tenha sido feita). Se B cede a D o crédito contra C, que se verifica não ser de E contra C, mas de A contra C, o caso é de evicção. A exigência da posse é velharia que afeia textos e doutrina (Cmi. FR. VON

GLÚCK, *Au.sfiihriiche Eritiuterunçi der Pandecten,* 20, 172; R. CoHNPELDT, *Die Lehre voin Interesse,* 162 s.; sem razão, GUILIELMUS SCHEFEER, *De Interp*"*retatione Legis XVI.* § *2. D. de evictionibus disceptatur, 6).*

Se E transfere a C a posse e E propõe ação possessória contra D, então sim C tem ação de evicção contra E, a que chamou ao processo, se C perde a ação, sem se afastar dos dados provindos do negócio jurídico com E. Se, porém, a perda da posse ou o surgimento de outra posse (posse mediata imprópria, ou posse imediata imprópria) foi *posterior à* entrega que lhe fêz E, C nenhum direito tem contra E, pois que, *ex hupothesi,* evicção não houve.

Lê-se no Código Comercial, art. 215, a alínea: "Se o comprador fôr inquietado sôbre a posse, ou domínio da **1**~

coisa comprada, o vendedor é obrigado à evicção em juízo, defendendo à sua custa a validade da venda: e se fôr vencido, não só restituTrá o preço com os juros e custas do processo, mas poderá ser condenado à composição de perdas e danos conseqUentes, e até às penas criminais, quais no caso couberem A redação é má, e havemos de interpretar o art. 215, **La** alínea, como se lá estivesse escrito: "No caso de se exercer direito contra o outorgado, a respeito do bem em que consistiu a prestação, tem o vendedor de defender à sua custa o direito, pretensão, ação ou exceção que outorgou. Vencido, restitui a

contra-prestação, com os juros e as custas, e presta as perdas e danos, além de incorrer nas penas criminais, que no caso couberem

Se a inquietação é sem invocação de direito, como se o vizinho, sem alegar direito, invade o terreno, não há pensar-se em responsabilidade pela evicção. Nenhum vício de direito apareceu. O que ocorre é puramente no **a-.**

mundo fáctico, onde se passa a posse, que é poder fáctico. O outorgado, a quem se transferiu a posse, tem de defender-se, segundo os princípios, possessôriamente, diante do fato nôvo. Se o turbador invoca direito à posse, mediata ou imediata, isto é, posse anterior à prestação, então sim é caso de responsabilidade pela evicção. A posse que se molesta, ali ou aqui, tanto pode ser a posse imediata quanto a posse mediata, tanto a posse própria quanto a posse não própria. Se o outorgado não tem a posse, a que tem direito (tem a posse mediata e não tem a posse imediata, ou tem essa e não tem aquela, ou não tem nenhuma), evicção há se a pessoa, que lha teria de entregar, se opóe a isso. Se o outorgado propõe ação contra o terceiro, para haver a posse, e êsse se recusa a dar-lha, pode haver o *chamamento à autoria,* a despeito de ser autor, e não réu, o demandado. ~ de POMPÔNIO (L. 16, § 1, D., *de evictionibus et duplae stipulatione,* 21, 2): "Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est". Ou houve a restituição em natura, ou a prestação da indenização, na ação proposta contra o outorgado; ou o outorgado, autor, perdeu a ação, por ser absolvido o demandado de quem se tinha de haver o direito. Não se viram somente as espécies em que foi demandado o outorgado, também se considerou aquela em que êle foi demandante.

~ indiferente *como* se fêz vencer *evíncere!* o direito do terceiro, ou do próprio outorgante, contra o direito objeto da prestação. Por outro lado, tanto é perder quanto fazer sacrifício para não ser diminuído ou excluído o direito que seria do outorgado (L. 16, § 1: .... . vel damnatus est litis aestimatione"; L. 21, § 2: "neque enim habere licet eum, cuius **si** pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur: prope enim hunc ex secunda emptione, id est ex litis aestin‟iatione

emptori habere licet, non ex pristina"; L. 29, pr., C. O. MÍILLER, *Die Lehre des rõmisehen Rerhtes vou der L½ietion,* 96 s.). Aliás, o "id est ex litis aestimatione" foi interpolação.

§ 4.219. Pretensão à responsabilidade pela evicção e intervalo entre o seu nascimento e a evicção 1.PERIGO DE FUTURA EvICÇÃO. O perigo da futura evicção é inconfundível com a garantia da evicção. No direito brasileiro, há regra jurídica explícita sôbre a caução pelo futuro evictor. No art. 1.107 do Código Civil concebeu-se a pretensão à garantia da evicção como ação cautelar. Não se disse, como no Código Civil francês, art. 1.626, que o outorgante (le vendeur) é obrigado, de direito, "à garantir l"acquéreur de I"éviction qu"il souffre dans la totalité ou partie de l"objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet". O art. 1.107 do Código Civil brasileiro enuncia que "será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção". O art. 1.109, êsse, sim, tratou dos direitos e pretensões oriundos da evicção. Resguardar não é responder, é *resguardar.* Nas Ordenações Afonsinas, no Livro II, Título 48, pr., está "esguardamento"; no Livro III, Titulo 27, § 1, está

"esguardando como o custume antigo"; no Livro II, Título 60, § 2, "nom esguardando, nem tendo mentes ao nosso Estado"; no Livro V, Título 1, pr., "a justiça do alto Ceeo esguarda", e Titulo 23, pr., "esguardarom os direitos muito a teençom". Esguardar, como guarda, vem do germânico *wardôn. Resguardar* é acautelar, proteger, o que, aliás, *es guardar* já significava. Cf. Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 33, pr.

Tendo o outorgante o *dever de resguardar dos riscos da evicção,* já é possível a ação contra êle, fundada no art.

302, XII, do Código de Processo Civil, bem como a caução, pendente ou não a lide, se há qualquer dos pressupostos do art. 675 do Código de Processo Civil.

2.EXCEÇÃO DE EVICÇÃO IMINENTE („txCErTío EVICTIONIS IMMINENTIS"). A exceção de evicção iminente está clara nos *Fragmenta Vaticana,* 12: "Ante pretium solutum dominji quaestione mota, pretium emptor restituere non cogetur, tametsi maximi fideiussores evictionis offerantur, *cum* ignorans possidere coeperit. Nam usucapio frustra complebitur anticipata lite, nec oportet evictionis securitatem praestari, cum in ipso contractus limine domini periculum immineat".

Por interpolação, está na L. 19, § 1, D., *de periculo et cornmodo rei venditae,* 18, 6.

O direito romano não chegou à extensão e à precisão com que os sistemas jurídicos de hoje protegem os outorgados em caso de inadimplemento ou de adimplemento ruim. Por muito tempo, ateve-se o direito romano ao princípio da responsabilidade pela evicção. ~ expressivo o que dizia PAULO, na L. 1, pr., D., *de rerum permutatione,* 19, 4: ". . . emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo maio, itaque, si evicta res non sit, nihil debet". Em muitos sistemas jurídicos latinos ainda não se chegou à inteireza do Código Civil alemão, do austríaco, do suíço e do brasileiro. No direito anglo-americano ainda se tem de pôr a cláusula de garantia em caso de ser alheio o bem.

Em princípio, só se pode falar de evicção se houve evicção. Isso não quer dizer que não possa haver *certeza* de que pode ser evicto o objeto ou parte dêle. Antes de haver a ação de evicção, cujo exercício depende da evicção mesma, porque só então ela nasce, há a responsabilidade do outorgante pela evicção, se causa de evicção existe.

a-.

Quem tem evicção pode invocar a pretensão à responsabilidade do outorgante.

Se o outorgado ainda não contraprestou, pode exigir a caução, ou opor a exceção

de

dolo

(exceptio dali). Está na L. 19, § 1, Ii, *de periculo et commodo rei venditae,* 18, 6: "Ante pretium

solutum dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a

venditore eius evictionis offerantur". Movida, antes de pago o preço, questão sôbre o domínio, diz

PAPINIANO, não se há de obrigar o comprador a pagá-lo, se o vendedor não lhe oferece fiadores

idôneos da sua evicção. Na L. 24, C., *de evietionibus,* 8, 44, reafirmou-se o princípio.

Exceção

dilatória, porque, afastado o risco, é levantável a caução. O que o outorgante pode fazer é exigir o

depósito do preço se há fundado temor de insolvência do outorgado

(N.C. L. B. DE LYNCKER, *Diss. de Evictionibus praestan,dis,* § 42). Se a evicção ocorre, pode o

outorgado propor a ação de evicção e pedir que se lhe dê o que foi caucionado, ou que se

lhe restitua o preço depositado (cf. J. C. MANN, *Commentarius juris civilis de*

obligatione

auctorwm intuitu evictionis immi

nentis, § 14), conforme fôr o cálculo da evicção (total ou pardaí) e das indenizações. Se tem de

ser restituído todo o preço é responsável o outorgante. Se a caução foi para tôdas as restituições e

indenizações, e não dá, persiste a responsabilidade da outorgado pelo que ainda não foi imputado.

Se a caução foi fidejussória, entende-se que se referiu ao todo das indenizações e ao preço

pago.

Se a evicção que se temia proviria de O, e proveio de D, e a fiança não foi geral, essa não se

estende à evicção por D (3. C. MANN, *Commentarius juris civilis de obtigatione anoto-rum*

intuitu evictionis imminentts, § 15, 44).

Se a contraprestação já fôra feita, o outorgado pode exigir que o outorgante afaste o perigo da

evicção, por ter sido ruim o adimplemento. 3. CUJÂCIO e F. DUARENO

davam-lhe a *adio empti,*

ou a *praescriptis verbis,* conforme a espécie. Todavia, não cabe, hoje, aí, atender-se à distinção

entre contratos nominados

e contratos inominados.

Se o preço foi pago, ou mais geralmente se a contra-prestação foi feita, há a omissão

da

contraprestação. Se £ contraprestação não foi feita, a propositura da ação é ameaça,

cuja

importância não se pode igorar.

Na L. 19, § 1, D., *de periculo et commodo rei venditae,* 18, 6, está a solução.

Se a evicção, que se

teme, seria parcial, pode o outorgado opor a exceção quanto à parte do preço a

que ela corresponde,

no momento (diter, se já houve a evicção, pois há o art. 1.115 do Código Civil).

Ooutorgante pode obviar aos inconvenientes da recusa da contraprestação, caucionando *(Fragmenta Vaticana,* §

12).

Oad. 1.092, 1.a alínea, do Código Civil é invocável, *por analogia.*

3. BENS INEXISTENTES, BENS PERECIDOS E EVICÇÃO. A responsabilidade pela evicção supõe a existência do bem, isto é, do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, a respeito de bem *existente.* Apenas acontece que a titularidade é outra. O outorgante não era o titular, ao transferir ou Constituir o direito;

ou, se o era, não o transmitiu, ou não a constituiu. Se o bem não existe, ou porque nunca existiu, ou

porque deixara de existir, não há pensar-se em evicção,

mento operou-se, mas falta-lhe eficácia em relação a alguém, de modo que, se o adimplente adquiriu o que não transferira, se dá a pós-eficacização; se o outorgado é que vem a adquirir, nasce-lhe pretensão à restituIção do que expendeu, ou à prestação do valor do que lhe veio com outra causa; se o outorgante não adquiriu o que Era de outrem, nem se dá a aquisição pelo outorgado, pode ocorrer a evicção, por se atender ao direito, à pretensão, à ação, ou à exceção de alguém.

Se o bem não existe, ou se já não existia ao tempo da conclusão do contrato, o contrato é nulo, por impossibilidade do objeto, e a restituição do preço é devida à *nulidade* do contrato. A responsabilidade do outorgante é pela *culpa in contra/tendo* (Tomos II,

§ 225, 8; III, § 309. 2; IV, §§ 383, 3, 8, 412, 5, 440, 4; V, § 548, 9, e VI, § 638, 4). Na responsabilidade pela *culpa in contra/tendo,* é preciso que haja culpa para que o outro figurante responda *(e. g.,* não ignorasse o perecimento do objeto), ao passo que a responsabilidade pela evicção independe de culpa do outorgante. A *culpa in contrahendo* só dá a pretensão ao ressarcimento do interêsse negativo; na evicção, a responsabilidade do outorgante é conforme os arts. 1.109-1.111 do Código Civil.

Se o direito não existia, não há a figura da evencibilidade. Não houve atribuIção. Tratando-se de contrato pelo qual o outorgante há de constituir direito, se êsse não foi constituído, não se pode aludir a evicção; *aliter,* se foi **a-.**

constituído ineficazmente em relação a outrem, como se o bem sôbre o qual recaiu o direito real limitado era de outrem, ou se o outorgante constituiu a favor do outorgado direito real limitado que já havia sido inscrito ou já estava protocolado a favor de outrem.

(Cumpre advertir-se que a regra jurídica do art. 1.073, 1.8 parte, do Código Civil, é sôbre responsabilidade *in contrahendo,* porém não se exige o elemento da culpa. Por outro lado, o interêsse positivo também se indeniza, à diferença do princípio geral à responsabilidade *in contra/tendo.)* Na responsabilidade pela evicção de créditos ou de outros direitos ditos, vulgarmente, cessíveis (Código Civil, arts. 1.065 e 1.078), o que importa é a existência do crédito, pôsto que outrem seja o titular, ou outrem sôbre êle tenha direito, pretensão, ação ou exceção. Não só há evicção em caso de direitos reais sôbre bens incorpóreos; também há evencibilidade em se tratando de créditos (direitos pessoais). A referência do art. 1.107 do Código Civil a "domínio", "posse" e "uso~~ e exemplificativa, como a do art. 95 a "coisa" ou "direito real" e "possuir" do art. 99 do Código de Processo Civil. Uma vez que a lei se referiu a contratos onerosos, o campo de aplicação da ação de evicção evidenciou-se assaz amplo.

Na cessão de crédito, o cedente responde pela *existência* do crédito, a *ventas:* e isso nada tem com a evic~áo; é a responsabilidade de que se cogita no art. 1.078 do Código Civil. Responde também pela evicção, porque pode outrem ser o titular do crédito e há, a evencibilidade. O cedente é responsável pela evicção, porque pode existir o crédito *(nomen verum),* mas ser de outrem. Se o crédito não existe, o contrato de cessão é nulo, por ser impossível o objeto; dai as regras jurídicas do ad. 1.073 do Código Civil. A responsabilidade, ai, é *in conira/tendo,* mas independente de culpa (art. 1.073, □

1 a parte), porque somente a propósito das cessões a título gratuito se alude à má fé. Portanto, nos contratos onerosos, há coincidência de regramento jurídico quanto à responsabilidade objetiva, quer a respeito da inexistência do crédito, quer a respeito da evicção. Cumpre advertir-se que a responsabilidade *in conira/tendo,* regida pelo ad. 1.073, vai além da responsabilidade *in contra/tendo* para as espécies comuns: pode abranger o interêsse positivo.

4.FATO PRóPRIO DO OUTORCANTE POSTERIOR **Ã** CONCLUSÃO DO CONTRATO E ANTERIOR À

PRESTAÇÃO. A pré-exclusão da responsabilidade pela evicção não torna incólume à responsabilização, se fêz a prestação, o outorgante, tendo, por fato próprio, no intervalo entre a conclusão do contrato e a prestaçAo, dado causa a evicção *(e.* g., alienou a propriedade e reteve a posse imediata, que transferiu ao outorgado, ou deu em penhor o bem, nos casos em que cabe o constituto possessório, e transferiu a posse imediata, ou a posse mediata, ao outorgado, como posse própria, ou entregou ao outorgado bem penhorado).

O pacto ou a cláusula de pré-exclusão da responsabilidade pela evicção de modo nenhum alcança êsses casos, porque seria pacto ou cláusula de permissão do dolo. O outorgante estaria a *venire contra factum ~proprium.*

Ainda se bá a cláusula ou o pacto de pré.exclusào da responsabilidade pela evicção, se o outorgante vende o prédio a A e, depois, a E, e um dêles, E, obtém a transcrição do acôrdo de transmissão, A, o que foi logrado, a despeito da entrega do prédio (posse), tem ação de evicção, se se lhe retira a situação possessória. Se não recebera, sequer, a posse, a ação que tem é por inadimplemento. Mesmo se não recebera a posse, mas conseguira transcrição cancelável, há a ação de evicçao.

Se o título do outorgado foi transcrito, já se lhe transferiu a propriedade, e qualquer dano a êsse direito é extracontratual.

Quanto à posse, que, *ex hupothesi,* não se transferiu, a ação ou é de inadimplemento (adimplemento não satisfatório), ou a de adimplemento, para haver a posse, e os riscos correram por conta do

devedor em mora.

§ 4.220. Pressupostos da responsabilidade pela evicção

1. OBJETO DO CONTRATO ONEROSO. É de tôda relevância saber-se qual o objeto da prestação devida para se determinar a responsabilidade do outorgante. Porque não se pode responder pela evicção daquilo que se não prometeu. Se o objeto lia de ser livre de direitos que o gravam, ou a que pode estar sujeito, ainda que constem de registo, tem o outorgado de, a suas expensas, providenciar para que se eliminem. Se, em vez disso, no objeto hão de estar direitos, reais ou pessoais, tem o outorgado de responder pela evicção, inclusive se não providenciou para **a-.**

o necessário registo, ou para a interrupçao do prazo prescripcional, ou outra medida que evite perda ou diminuição do valor. Os impostos e taxas atrasados tem de pagá-los o outorgante, salvo se houve pacto em sentido contrário, ou outro pacto que modifique a responsabilidade pela evicção.

Os arts. 1.107-1.117 do Código Civil e os arts. 215 e 216 do Código Comercial tanto incidem em se tratando de prestação de coisa como em se tratando de prestação de direitos, pretensões, ações e exceções, sem ser preciso que se trate de direito de fruição ou de uso. *O que é preciso é que na prestação recebida haja vicio de direito.*

É preciso atender-se a que a responsabilidade pela evicção não concerne somente aos direitos, pretensões, ações ou exceções que *terceiro* possa ter. O outorgante também responde pela evicção se o direito, pretensão, ou ação, ou exceção, que o outorgado ignora, pertence ao próprio outorgante e não foi transferido ao outorgado, ou não se extinguiu com a prestação

(P.OERTMANN, *Recht der Schuldverhii.ltfliase,* 381). Ainda mais: o direito, a pretensão, a ação e a exceção podem pertencer ao próprio outorgado e ser ignorados por êle (O. WARNEYER, *Kommentar,* 1, 751).

O direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção, de que se trata, pode ter nascido antes, simultâneamente ou depois da conclusão do contrato (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhdltnisse,* 382); o que não basta para a responjabilidade pela evicção é o nascimento do direito, da pretensão, ou da ação, ou da exceção, depois do adimplemento, sem ter havido fonte para essa irradiação antes de se prestar o objeto.

Não é pressuposto para a responsabilidade pela evicção o ter-se exercido o direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção; basta que se possa exercer (1 <. ECEER, .1. *v. Staudrngen Kommentar,* II, 587).

As medidas tomadas pela policia no interêsse do bem público não podem ser tidas como causa da responsabilidade pela evicção, inclusive se determinam inutilizabilidade para algum fim.

Quanto às servidões aparentes passivas, a responsabilidade do outorgante somente se pré-exclui se o outorgado conhecia a existência delas. Quanto às servidóes não aparentes passivas, somente se constituem com o registo, mas a existência de elementos para êle, que o outorgado ignorasse, faz responsável o outorgante.

No tocante às servidões aparenfres ativas, a existência de elementos que as pré-excluam e o outorgado ignorava basta à responsabilidade do outorgante, e o mesmo ocorre para as servidões não aparentes ativas, que estejam inscritas e possa ser cancelado ou retificado o registo, ignorando o outorgado a existência de elementos para isso.

Na L. 75, D., *de evictionibus et duplae stipulatione,* 21, 2, VENULETO dá a opinião de QUINTO MúcTo e de SABINO sôbre não poder o adquirente do prédio reclamar a servidão de caminho ou de condução (viam vel actum) se não se mencionou na alienação; pois aí não se trata de estar ou não estar livre o prédio, mas sim de haver êsse *plus.* Cf. POMPÔNIO, nos comentários a QUINTO Múcio (L. 66, D., *de contraflenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt,* 18, 1).

O outorgante responde se vem a aparecer proYbição de alienação, não legal, que o outorgado ignorava (O.

PLANCK, *Kommentar,* II, *1, 336;* cf. K. GUTBROD, *Der obligatorische Crundstiicksverãusserungsvertrag,* 41).

Se os direitos estão registados e hão de ser extintos, o cancelamento é a expensas do outorgante, quer existam, quer não mais existam, quer não corresponda à verdade o registo.

A regra jurídica, não escrita, concerne a imóveis, a navios e embarcações, e aeronaves e a quaisquer bens para cujos direitos reais ou pessoais se exija o registo.

A cláusula de retrovenda tem, no direito brasileiro, a eficicia a que se refere o art. 1.142 do Código Civil; de modo que pode haver

responsabilidade pela evicção.

2.CEssÀO DE CRÉDITO OU DE DIREITOS E EVICÇÃO. Para que haja evicção do direito de crédito é preciso que se afirme a existência do crédito contra alguém, mas se negue que o credor seja o outorgante, isto é, que o outorgante pudesse ceder. Por aí logo ressalta que *a)* a cessão de crédito, se *onerosa,* pode ser de crédito inexistente, e então o outorgante, cedente, responde segundo o art. 1.073 do Código Civil, outrossim, *se gratuita,* estando de má fé o cedente; ou b) pode ser de crédito existente, mas pertencente a outrem, ou que não poderia ser cedido pelo outorgante. Assim, o art. 1.073 nada tem com a evicção (cf. Tomo XXIII, §§ 2.832 e 2.875).

a) O cessionário de direito, incluído crédito, responde pela existência do direito, ou do crédito, e pela inexistência de pretensão, ação ou exceção que o possa atingir, inclusive impugnação, desconstituíção e compensação. O

transferente do título incorporante responde segundo os princípios concernentes aos bens corpóreos. Se se trata de cessão e era de mister a notificação para que fôsse eficaz, em relação ao devedor cedido (Código Civil, art. 1.069), a cessão, por isso responde o cedente. O endossante responde pela existência, validade e eficicia da subscrição, da emissão e dos endossos anteriores, bem como dos avales anteriores.

A responsabilidade pela existência não compreende a responsabilidade pela solvência do devedor cedido. Pode **a-.**

haver *pacto de responsabilidade pela solvência,* o que de modo nenhum se prende à responsabilidade pela eviccão; se ocorreu, interpreta-se, na dúvida, como só atinente à solvência ao tempo da cessan, se já vencido, ou ao tempo do vencimento, se ainda não vencido (WORZBURGER, Ober die Haftung des Zedenten fOr Glite und Einbringlichkeit einer Forderung, *Gruchots Reitrãge,* 51, 721; P. OERTMANN, *Recht der SchuldverluYltnisse,* 386;

H.DERNEURO, *Das liuirgerliche Recht,* II, *2,* 61; sem razão, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch,* II, 359, nota 4; cf.

Tomo XXIII, § 2.832, 3).

O cedente é obrigado pela existência do crédito ao tempo em que o cedeu, diz o art. 1.073 do Código Civil. Resta saber-se se se trata só da existência do crédito, ou também da existên -da da pretensão, ou da

ação. O art. 1.073

estende-se às cessões de outros direitos (art. 1.078), o que aumenta, de muito, o interêsse da questão. O assunto já foi tratado no Tomo XXIII, §§ 2.832, 1 e 2, e 2.875, 2.

"Existência do crédito" está, no art. 1.073, por "existência do crédito", "existência da pretensão", "existência da ação", "nao-existência de exceção contra o crédito, ou algum dos seus efeitos", se objeto da cessao.

(Há responsabilidade pela evicção se existente pacto *de non petendo,* ou direito de retenção contra o crédito cedido. Mas aí o assunto é outro.)

b) Evicção de crédito ou de direito é outra coisa. Espanta que juristas de nota confundam com a responsabilidade segundo o art. 1.073 do Código Civil a responsabilidade pela evicção, total ou parcial, do crédito ou do direito *(e.*

g., Louís FREDERICQ, *Traité de Droit Goinmercial belge,* III, 146). Na evicção, o crédito existe, mas *já* a favor de outrem, ou gravado ou subordinado a direito pessoal de outrem (direito, pretensão, ação ou exceção) : aqui, existe entre o cessionário e o devedor;ali, entre o terceiro e o devedor. Se o crédito não existia, não podia ser cedido (seria ceder-se o nada), e incide o art. 1.073 do Código Civil. Se não existia entre o cedente e o devedor e existia entre o terceiro e o devedor, tanto pode ser proposta a ação do art. 1.073 do Código Civil como a de evicção, *se evicção houve.*

3. NEGOCIO JURÍDICO E EVICÇÃO. O Código Civil, no art. 1.101, foi explícito em conceber a responsabilidade pela evicção como pretensão e obrigação nascidas dos contratos onerosos. Com isso, tem a jurisprudência e a doutrina de libertar-se dos resquícios do apêgo originário da evicção ao contrato de compra-e-venda.

O negócio jurídico pelo qual se presta a *entrada* ou *contribuição* para a sociedade é oneroso, e não gratuito. A pretensão à responsabilidade pela evicção pode exsurgir (O. WARNEYER, *Ko*"*mmentar,* 1, 766). Idem, a *transação (G.* PLANCE, *Kom-mentar,* II, *2,* 847). Os contratos onerosos em que a contra-prestação consiste em fazer não escapam, já o dissemos, às regras jurídicas sôbre a evicção.

A subscrição e emissão do título ao portador, e o negócio para endôsso ao tomador, perfazem negócio jurídico e, se oneroçao , há

evencibilidade. O negócio jurídico é subjacente. Nos negócios jurídicos subjacentes às tradições dos títulos ao portador ou ao endôsso dos títulos endossáveis, pode haver evicção. Idem, no momento em que se entrega o título contra o objeto que nêle se incorporara, em se tratando de títulos incorporantes. Diga-se o mesmo se há simultaneidade ou sobrejacência.

Sempre que se presta a coisa em razão de ser devida, havendo contraprestação ainda que a dívida provenha de negócio jurídico unilateral *(e.* g., promessa de recompensa), há evencibilidade (P. OERTMANN, *Rechi der Schuldverhifltnisse,* 396).

Se foi acordado que se fazia penhora, ou se continuaria com a penhora, como cláusula de contrato em que a penhora seja parte da prestação *(Verpfàndungsvertrag,* contrato de penhoramento), pode haver evicção (C.

LUEDICKE, *Die obligatorisc/ten Verpflichtungen iii Reziehung auf das 1>1 and reekt,* 54 e 68).

Se, após cessão do crédito, a execução dêsse não satisfaz, não se trata de evicção. A responsabilidade pela insolvência rege-se por outros princípios (cf. Código Civil, arts. 1.074-1.076).

4. CONTRATO ONEROSO **SOBRE BEM** FUTURO. A compra--e-venda da coisa futura *(emptio spei)* não permite aludir-se a responsabilidade pela evicção (P. OERTMANN, *Recht der Sc/tuldverMltnisse,* 371 **5.;** diferente, F. ENDEMANN, *Lehrbuc/t, ~,* **5y9.a** ed., 933, nota 1"7, e *E.* DERNBURG, *Das Rúrgerliche Rec/tt,* II, *2,* 2Y ed., 10, nota 14). Em todo caso, pode haver evicção se o vício jurídico está naquilo de que sairia a *spes,* como se o outorgante vendeu as crias de vaca ou cadela que não é sua, entregues ao outorgado, ou se vendeu ações a serem distribuídas aos acionistas e as ações que estão em poder do outorgante e entregues ao outorgado, não são dêle.

O locador da loja que se está a construir responde pela evicção se os papéis foram entregues ao outorgante, que pagava as prestações e cria ter recebido a posse do terreno.

a-.

6. ATBIBUIÇÃO DE DIREITO, PRETENSÃO, AÇÃO OU ExCEÇÃO E EVICÇÃO . Muito se discutiu se era de considerar-se elemento essencial da evicção a perda da posse. Tal regressão à concepção

romanística foi posta de lado. Não só a ação de reivindicação, ou a ação confessória de direito real retira esperança de direito, pretensão, ação, ou exceção, que haveria de ter o outorgado. Antes mesmo de se estender a todos os contratos onerosos a responsabilidade pela evicção, já estava superada a concepção romana, que conforme mostramos em parte já se havia superado a si mesma, no apêgo à compra--e-venda. O direito, a pretensão, a ação ou a exceção pode ser *à* posse, imediata ou mediata; porém não só o direito, a pretensão, a ação ou a exceção que se ligue à posse é o que a responsabilidade pela evicção protege. Ela tem por fim a tutela de todos os direitos, pretensões, ações ou exceções que se refiram ao objeto da prestação e possam ser negados, sendo evicto o outorgado. Pode ser que êsse ainda não tenha a posse imediata, ou mediata, ou qualquer posse do objeto. O

direito, *a* pretensão, a ação ou a exceção podem ser negados, evencendo-se o outorgado.

Se o titular do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção , propõe ação ou opõe exceção, a simples declaração positiva a favor dêle evence. Dá-se o mesmo se propõe ação, ou opõe exceção, o outorgado, e perde.

A mentalidade dos juristas apegou-se por modo tal à concepção da evicção privação da posse que não atendeu à extensão explícita da responsabilidade pela evicção a todos os contratos onerosos. Alguns chegam a dizer que não é evicto o outorgado a que se nega, em sentença, qualquer direito ao crédito, ou à pretensão, ou ação, ou à exceção que se cedeu.

O outorgante adimpliu. A dívida que surge, pelo fato da evicção, é outra dívida. O outorgado foi vítima de evicção; a despeito de ter havido adimplemento, de ter portanto recebido a prestação, perde êle o que se recebeu, por haver outro direito, pretensão, ação ou exceção de causa anterior ao recebimento. Houve quem pensasse que a evicção seria como declaração posterior de não ter havido adimplemento. Não teria sido prestação a prestação que foi evicta. A evicção apagana, no passado, o que se havia tido como adimplemento: *em* verdade não teria sido adimplemento. A evicção cancelaria a aparência de prestação. Assim falou E. 1.

BEKKER (Zur Lebre von der Eviktionsleistung, *Jahrbue/t des gemeinen deutsc/ten Rec/tts,* VI, 288 e 301). Para se responder aos que ainda pensam assim, têm-se os textos romanos: *e. g.,* L. 1, pr., D., *de rerum permutatione,* 19, 4 **(ULPIANO)** -

O que interessa ao outorgado é o direito que teve por fito adquirir, e não só elemento dêle, como a posse. O ter ou ou possuir o bem não é tudo, se só é elemento do direito; e a concepção que punha a posse como o fim das aquisições *(e. g.,* C. O. MÚI4LER, *fie Le/tre des ri5mischen Rechts vos der Eviktion, 1,* 2 **5.;** B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* II, 9.~ ed-, 651, nota 2; cf. M. Votar, *tlber die* condictiones ob causam *und 4ber* causa *und* titulus *im Allgemeinen,* 426 **5.;** *Das* lus naturale, aequum et bonum *und* ius gentium *der Rómer,* 11V, 519 s-) era aferrada à noção da primitiva compra-e-venda romana,

na qual *venditio* era alienatio (contra, com tôda a energia, II. **DELtNBURG,** *Pandekten, J~,* 6~ ed., 255, § 94, nota 6, nas diferentes edições, exceto na de PAUL

SOKOLOWSKI, *System,* II, 746, onde, a despeito do mesmo pensamento, a nota desaparece; ERNST ECK, *fie Verpflichtung des Verlciuf era zur Gewtíhrung des Eigentums,* 48; A. BECIIMÂNN, *Der Kauf nach gemeinem Recht,* 1, 61 s., 63 **5.;** ERNST NÂSSE, *fie Redeutung der Eviktion einer verkauften und iibergebenen beweglie/ten Soe/te,* Es.).

O que outorgado quer é que sôbre o que se lhe presta outrem não tenha direito, pretensão, ação ou exceção, quer lhe tire o que recebeu, quer Ibo diminua. O *~periculum evictionis* cria o dever de resguardar da evicção e, conseqUentemente, à pretensão; do fato da evicção decorre a dívida pela evicção e o direito à prestação pela evicção. Há, portanto, a pretensão a responsabilidade pela evicção e, após ser evictor o outro titular (que aliás pode ser o outorgante e o próprio outorgado ignorante do seu direito), a pretensão pela evicção. Por isso, o outorgado pode recusar a prestação juridicamente viciada e ter a tutela jurídica inclusive para a ação declaratória no tocante a seu interêsse em constranger o outorgante a provar a inexistência do direito que seria juridicamente viciante do que lhe caberia, com a prestação feita, ou a inatingibilidade dêsse por aquêle. Como se vê, não se pode, no direito brasileiro, deixar o outorgado entregar a outrem o que recebeu sem que o outorgante seja litisdenunciado, ou, se ainda não é o momento, porque lide ainda não há, sem que o otitorgante consinta. A **a-.**

questão, que, no direito comum, era renhida, não tem para nós a importância que tinha (cf. E. 11. **BERRER,** Zur Lebre von der Evtktionsleistung, *Jahrbuch des ge~neinen deutschen Rechts,* **VI,** 288 s.; **C. FUCHS,** *fie Le/tre von der Litisdenunciation,* 29 s.; L. 29, pr, D., *de evictionibus et duptae atipulationa,* 21, 2; L. 11, § 2, D., *de oxtionibus empti venditi,* 19, 1; L. 15, § 15).

O que importa é que o outorgante haja *restado.* Se ainda não prestou, não há falar-se em pretensão à responsabilidade pela evicção, mas sim em responsabilidade pelo náo-adimple mento. Se o prestar consiste em prestar propriedade e posse e o outorgante presta aquela sem essa, ou essa sem aquela, o adimplemento foi ruim; mas, se prestou ambas, havendo possibilidade de ser ineficaz a transmissão, há evicção.

A divergência entre NERÁCIO e **JULIANO,** tal como estala na L. 11, § 18, li, *de actionibus empti venditi,* 19, 1, é da maior relevância: "Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit: sed Tulianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futuros non sit: erit igitur ex empto actio, nisi hoc praestetur". Cp. L. 88, § 8, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1.

Evidentemente, se o direito do terceiro é direito à posse, e nao direito de posse, como se perdera a posse, ou se tinha de ser imitido na posse, pode ter havido transmissão de posse; se o direito do terceiro é direito à posse imediata, ou mesmo direito de posse imediata, e o outorgado recebera posse mediata, adimplemento houve, se essa era o objeto da prestação do outorgante.

O assunto ganha de importância se o outorgado adquire propriedade, essa lhe é transmitida, e a evicção só se refere à posse.

NERÁCIO aludia à *mel/tor posse;* **JULTÂNO** postulava que havia de haver posse, que se transmitisse, ou não haver posse. No art. 507 e parágrafo único do Código Civil há referência a *melhor posse.* Se lemos o que foi escrito no Tomo X, §§ 1.111, 5, 1115, 8, 1.117, 4, 1.140, 8 e 9, 1.147, 1, 2 e 4, e 1.148, 1, havemos de convir em que a discriminação da posse melhor e da posse pior somente pode ter alcance durante o processo; depois, com a sentença trAnsita em julgado, o que há é vitória do outorgado ou do terceiro.

~Como, diante disso (perguntar-se-á), é de responder-se à questão que se pôs sôbre ter havido, ou não, adimplemento?

Se a posse, de que se trata e foi vencido o outorgado, é a posse objeto

da prestação, como se o que foi outorgado foi a posse imediata e o terceiro exerce direito a essa posse ou a imissão nessa posse, há responsabilidade pela evicção. Se ao terceiro apenas se reconheceu o que é mais estar com êle a posse ao tempo do pretendido adimplemento, e não com o outorgado então, adimplemento não houve, e sim aparência de adimplemento. A responsabilidade do outorgante é pelo não-adimplemento, e não pela evicção. O vencido foi o outorgante mesmo; o outorgado não foi evicto. Uma das consequências mais notáveis é a de não ser de aplicar-se contra êsse outorgado qualquer dos arts. 1.107-1.117 do Código Civil.

A posse, objeto mesmo da prestação, pode ser plena, ou posse própria mediata, ou posse imprópria mediata, ou posse própria imediata, ou posse imprópria imediata. Qualquer delas pode ser evicta; e a retirada de qualquer posse à posse plena é evicção, como é evicção a retirada de qualquer posse mediata à posse (própria ou imprópria) mediata objeto da prestação, ou a da posse imediata a posse que seria mediata e imediata, ou a qualidade de própria à posse mediata ou à posse imediata objeto da prestação. NERÁCIO e JULIANO não podiam ver isso; porque não havia a teoria da posse que hoje há. Sôbre a L. 11, § 3, D., *de actionibus empti venditi,* 19, 1, E. 1.

BEKKER (Zur Lebre von der Eviktionsleistung, *Ja/trbuch des gemeinen deutschen Rechts,* **VI, 234** s.), **F.**

BERNHÕFT (Beitrag zur Lebre vom Kauf, .*Iahrbiicher flir die Dogmatilc,* **14, 172** s., **183).**

A posse pode recair sôbre bem corpóreo como sôbre bem incorpóreo. t o que ocorre com a posse da produção intelectual, das invençÕes e das marcas de indústria e comércio (Tomos XVI, § **1.886,** e XVII, §§ 2.018, 5, e 2.019, 2). Quem vende os direitos autorais, ou o de edição, e não lhe pertenciam, responde pela evicção.

Outrossim, se os vendeu e estavam guardados por uso, usufruto, ou direito real de garantia.

Pode não se tratar de posse. Seria romanismo imperdoável negar-se a responsabilidade pela evicção se só se entregou a propriedade, sem a posse, e a ação em que se profere a sentença evincente é sôbre não ser dono, ou estar gravada a propriedade.

7. LIMITAÇÕES LEGAIS AO DIREITO. Se há limitação legal, inclusive constitucional, ao direito, como a que resulta de alinhamento das ruas, proibição legal de construir acima de certo número de andares, ou

obrigação de drenagem, dragagem ou canalização, não se podem invocar as regras jurídicas concernentes à evicção, pois é o próprio direito que está limitado.

Na jurisprudência alemã, há certa confusão, que havemo5 de evitar, como a que considera vicio de direito o existir limite à edificação (cf. *Entscheidungen des Reiehsgeriehts iii Zivil sachen,* **66, 316,** e 69, 356; **a-.**

Reichsgericht, 15 de janeiro de 1909). Alguns, defendendo tal jurisprudência, dizem que é mais de admitir-Se essa extensão do que negar-se qualquer responsabilidade *(e. g.,* L. ENNECCERUS, *Le/trbuch,* **II, 365,** nota 6).

Mas, aí, a responsabilidade só se justifica se foi assumida, como se o adquirente do prédio, na *invitatio ad oflerendum,* pôs claro que desejava terreno em que pudesse construir casa comercial e o alienante lhe ocultou a limitação legal e o adquirente **não** tinha dever de conhecê-la. Deve-se repelir tôda interpretação que dilataria o conceito de responsabilidade pela evicção a ponto de desnaturá-lo. A doutrina recente teve de reagir, porque o outorgante não poderia afastar essas limitaçÕes.

Os direitos de vizinhança são limitaçÕes legais e de modo nenhum se hão de confundir com os direitos de servidão; dai não se poder pensar em responsabilidade pela evicção (KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts,* II, 26). Se a inconstitu!bilidade no lugar, total ou parcial, de ordem láctica, pode ser defeito da coisa (nunca vício de direito) é outro problema, que se há de resolver afirmativamente (sem razão, WERNER FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf,* 167).

A existência de inalienabilidade por fôrça de lei, ou com eficácia *erga omites,* faz nulo o negócio jurídico; portanto, o contrato oneroso é nulo (Código Civil, art. 145, II, 2.~ parte). Mas pode dar-se que a inalienabilidade seja apenas a favor de alguma pessoa e possa resultar evicção (cf. O. PLANCE, *Kommerttar,* **IV, 2, 336).**

8. EvIcTo E TERCEIRIDADE. **A** evicção freqUentemente é inflingida por terceiro. Pode ser pelo próprio outorgante, se é êle o titular do direito, pretensão, ação, ou exceção, com que se não contava ao se adquirir a prestação. Então, o outorgante é litisconsorte de outrem, ou é sucessor, ou exerce direito somente seu, ou pretensão, ação ou exceção somente sua-Quando se fala de terceiro, alude-se, portanto, a terceiridade em relação à binariedade do contrato oneroso. O próprio outorgado pode ser êsse terceiro, se o direito, que êle ignorava, é seu,

ou se é sua a pretensão, ação ou exceção que êle ignorava.

O outorgado pode ignorar que aquilo que pensou adquirir ou adquiriu era seu, ou gravado ou restrito a seu favor.

Nem por isso deixa de ser obrigado pela evicção o outorgante. Qualquer decisão que negue ao outorgado o que êle tinha como obtido do outorgante é evincente; de modo que nasce ao outorgado a ação de evicção. Se não há lide a respeito, tem êle o caminho de conseguir do outorgante o reconhecimento de que não adimpliu satisfatôriamente, ou o de propor a ação declaratória, ou a de inadimplemento contra o outorgante, articulando a responsabilidade dêsse pela evicção.

§ 4.221. O fato da evicção

1.ANTES E DEPOIS DA EVICÇÃO . Têm-se de entender os arts. 1.107-1.117 do Código Civil como regras jurídicas *acima* das concepções que se foram sucedendo desde o mais velho direito romano. A garantia pela evicção, por definição mesmo, só se faz efetiva com a evicção. A *exceção de evicção iminente* tinha de ter outro fundamento, embora, hoje, haja o elemento comum da responsabilidade pelo inadimplemento e pelo adimplemento não satisfatório. Antes da evicção, a situação é irregular. Mas é preciso que ocorra a evicção, positiva ou negativa, para que se possam invocar, especificamente, os arts. 1.107-L117.

Antes da evicção, pode o outorgado vir a conhecer a *alienidade* do direito, o *gravame* ou a *restrição* ao direito que foi objeto do contrato oneroso. Pode exercer a pretensão à resolução do contrato, que é mais radical e mais enérgica.

Depois da evicção, a pretensão à resolução e outras pretensões continuam. Para se ter visão precisa da matéria, basta pensar-se em que pode ter havido contrato oneroso com a *cláusula dos riscos ao outorgado,* ou simplesmente com a *cláusula pré-excludente da. responsabilidade do outorgante.*

2. **MOMENTO EM QUE O CONTRAENTE OUTORGÂNTE** nA DE **AFASTAR O vicIo DE DIREITO.**

Se a promessa é de prestação à vista, o momento em que o outorgante há de afastar o vício de direito é aquêle mesmo em que se conclui o contrato. Conclusão e prestação coincidem.

Se a prestação tem de ser ou pode ser depois da conclusão do contrato, é *antes* da prestação que o outorgante tem de tornar limpo, perante o direito, o objeto devido. **Até** êsse momento podem existir defeitos jurídicos desde a alienidade da propriedade ou de outro direito até a constrição por alguma medida judicial ou a possibilidade disso salvo se foi preestabelecido que noutro momento, anterior ou posterior, se teriam de afastar. Quando dizemos

"momento da prestação" deve-se entender momento em que se tem de fazer a prestação.

Se a propriedade do bem ou a titularidade do crédito, pretensão, ação ou exceção há de ser transferida ao adquirente antes da contraprestação, ou se tem de ser depositado o bem, **há** de estar juridicamente limpo o bem, real ou pessoal, no momento em que se há de prestar. Se há momento em que começa o tempo em que o **a-.**

outorgado pode exigir ou apanhar o bem, nesse momento já deve estar juridicamente limpo o bem.

Se a cláusula é "livre de despesas" só se refere a responsabilidade pela evicção se a falta de pagamento expõe o bem a medidas constritivas; se o expõe, a responsabilidade é enquanto o bem não está entregue, sem qualquer possibilidade de constrição por despesas devidas.

Se o outorgante não põe juridicamente limpo o bem que tem de prestar, toca ao outorgado a exceção *non adimpleti eontractus,* ou a interpelação, com ou sem fixação de prazo, findo o qual considera impurgável a mora.

Se o afastamento do vício jurídico se tornou impossível, tem o outorgado a ação de resolução por inadimplemento, ou a ação de adimplemento com perdas e danos, ou a ação para haver a indenização por inadimplemento. Os princípios concernentes à impossibilidade da prestação somente incidem se a prestação mesma não a limpeza jurídica era impossível ou se impossibilitou.

Há responsabilidade pela evicção se terceiro exerce direito de preempçáo a respeito do objeto.

3.MOMENTO EM QUE SE nA **A EVICÇÃO E EFICÁCIA SENTENCIAL.** Com a decisão que produz a evicção, o elemento declarativo, que ela necessàriamente tem, põe claro que o adimplemento foi ruim, não satisfatório, mas a especialidade da responsabilidade pela evicção

vindo do fundo do antigo direito romano consiste em se poder exigir conforme os arts. 1.109-1115 do Código Civil. A declarativídade basta, de modo que a decisão de fôrça declaratória, ainda que não haja eficácia imediata ou mediata declarativa, evence o outorgado.

Nega-lhe o direito > a pretensão, a ação, ou a exceção .

afirmando o direito, a pretensão, a ação ou exceção incomponível com o seu direito, a sua pretensão, a sua ação ou a sua exceção. tsse direito, essa pretensão, essa ação > ou essa exceção, que se declara, pode ser de terceiro, ou do próprio outorgante, ou do próprio outorgado ignorante da titularidade.

4. QUANDO SE DÁ **A EVICÇÃO.** Já dissemos que basta a declaratoriedade fôrça, eficácia imediata, ou eficácia mediata) da decisão para que se opere a evicção. Com isso, fica superado o romanismo do desapossamento como pressuposto necessário.

Para que a sentença de fôrça declarativa, ou de eficácia declarativa, imediata ou mediata portanto, pelo menos de declarativídade afirme a evicção (= para que se tenha por evicto o outorgado), é preciso: a) Que tenha transitado em julgado a decisão de fôrça declarativa, ou de eficácia declarativa imediata ou mediata.

b) Que o outorgado, ou seja demandado, ou seja demandante, haja chamado à autoria o outorgante.

Se já foi publicado o decreto de declaração de desapropriação do bem, ainda que se não haja iniciado a ação de desapropriação, há vicio jurídico. Não é preciso que se haja retirado a posse ao outorgante, porque o fato do decreto já diminui o direito que o outorgado esperava adquirir, ou que adquiriu.

A ordem ou mandado judicial de demolição ou de retificação de limites, ou de construção, por ter havido, *antes* da conclusão do contrato oneroso, infração de leis ou posturas municipais, estaduais ou federais, é evicção. Idem, o provimento oriundo de processo penal ou administrativo, mas, aqui, tem de ter sido *julgaulo* o ato, ou de qualquer modo apreciado pela justiça. Não basta a presunção de que os atos administrativos são conforme o direito. O

outorgado tem de ir contra o ato, administrativa e judicialmente, e pode porém não tem o ônus chamar à causa administrativa o outorgante.

5. ONUS DA PROVA. Se o outorgante nega a falta de direito, o vício jurídico, após a alegação do outorgado, incumbe-lhe o Ônus da prova. Não importa se a alegação foi antes ou depois da prestação.

§ **4.222.** Irresponsabilidade e irresponsabilização pela evicção 1.ESTIPULAÇÃO EXPRESSA EM CONTRÁRIO PELA EVICÇÃO, **ÂGRAVAÇÁO E MINORAÇÃO.** No Código Civil, art. 1.107, põe-se o princípio da responsabilidade pela evicção como *ius dispositivwm;* pode-se pré-excluir, assim em direito civil como em direito comercial, essa responsabilidade. Se a cláusula abrange todos os casos, *e.* g., "pré-excluída qualquer responsabilidade pela evicção", ou se só compreende algum ou alguns, é **questão** de interpretação. A cláusula geral de não responder pelos riscos a que a coisa se exponha não abrange a responsabilidade pela evicção (assim se há de entender o final do art. 214 do Código Comercial, pêssimamente redigido: "salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente no instrumento do contrato, que toma sôbre si o risco; devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que por algum título possa pertencer a terceiro").

A estipulação expressa em contrário pode ser anterior, simultânea ou posterior ao contrato. Posterior, altera o contrato. A simultaneidade e a anterioridade, embora em instru mentos diferentes, entendem-se integrantes do **a-.**

contrato.

A pretensão à responsabilidade pela evicção e, pois, a obrigação de prestar pela evicção são *naturale negotii,* não *essentiol,e negotii.* Daí a permissibilidade de se inserir cláusula ou de se concluir pacto que as pré-exclua. A razão de regra jurídica como a do art. 1.108 do Código Civil é a de evitar o injusto enriquecimento, se o negócio jurídico se desfaz, ficando com o preço o alienante. Na discussão em tôrno de tal regra jurídica o que, para o direito brasileiro, somente tem alcance de questão *de jure condendo* a maioria propendeu, no direito comum, para a solução oposta (sôbre a disputa, cf. **CHR. EH.** VON GLOCK, *Aus $hrliche Erlduterung der Pandecten,* **20, 302; 1 < . Au. VON VANGEROV,** *Lehrbuch. der Pandelcten,* III, 824; K. A. D. **UNTEREOLZNER,** *Que ilenmãssige Zusantmen steltung der Lehre des ràmischen Rechts von den Schuldverhuiltnissen,* 1, **298).** Era a estrada aberta por F. **DUARENO** *(Opera omnia,* **1036), D.** TULDENUS (em comentário ao **10, 5)** , **MENU. A SUERIN** (Repetitiones lectionum iuris civilis, e. 43, em E. Orro, *Tkesaurus luris Romani,* **IV, 88** s.) e

HERM.

ZOLL *(Dias, ad L. Ex empto 11,* § *uit.,* **D.,** *de ad. empti,* **1744).**

O direito brasileiro não faz não escrita, nem nula, a cláusula que pré-exclui ou diminui a responsabilidade pela evicção. Vimos que a lei é explícita em permitir uma e outra. Isso não significa que o pacto não possa ser anulado por dolo, se os pressupostos do art. 94, ou do art. 95, ou do art. 96 do Código Civil se compõem.

Nos casos em que não haveria responsabilidade pela evicção, pode ser pré-estabelecida *(pactum de praest anda evictione);* nos casos em que haveria, é possível evitar-se *(pactum de non praestanda evictione).* Se o pacto de prestar evicção ocorre em negócio jurídico oneroso no qual, pela natureza do negócio jurídico, se teria de dar a responsabilidade pela evicção, nenhum é o seu efeito, salvo para se afastar a objeção de ciência do vicio jurídico (Código Civil, art. 1117, II).

Se a outorga foi de coisa litigiosa, sabido que o era pelo outorgado, o que influiu na determinação do preço, o negócio jurídico foi *contrato aleatório,* por se tratar de bem existente mas exposto a fisco. Então, regem os arts.

1.120 e 1.121 do Código Civil.

O Código Comercial, art. 214, diz que "o vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma", mas logo ressalva que o comprador, que conhece o perigo ao tempo da compra, pode pactar, "expressamente, no instrumento do contrato, que toma sôbre si o risco>". A diferença que aí se pretendeu descobrir entre o direito comercial e o civil não existe.

Também no direito civil, é preciso que o outorgado assuma o risco, e cláusula "sem responsabilidade>" não pré-exclui a restituição do preço, se o outorgante não pode fazer boa a alienação. Se o comprador conhecia o risco> não tem ação de evicção. Quanto aos outros fiscos, é de mister a cláusula expressa.

A pré-eliminação da responsabilidade pela evícção supõe pacto anterior ou cláusula anterior sujeita no contrato ou pacto simultâneo, O pacto posterior à conclusão do contrato é pacto de eliminação da responsabilidade pela evicção, porque a responsabilidade já nascera; o que ainda não ocorreu foi a evicção.

A forma do pacto, assim anterior como posterior ao contrato> há de

ser a mesma exigida ao contrato > pois que de qualquer modo o altera. Se a forma foi voluntária, ,rege o mesmo princípio? Há discussão fl doutrina *(e. g.,* somente se exigida, por lei, ao contrato a forma especial, é de exigir-se ao pacto, **DOMENICO RUBINO,** *La Compravendita,* 571; em qualquer caso, **011W CORLA** > *La Compravendita. e la Permuta,* **117).** No direito brasileiro, há algo de *distrato,* de modo que tem de incidir o art. 1.093 do Código Civil > ainda no caso do art. 133.

A modificação à responsabilidade pela evicção ou eoncerne ao *conteúdo* ou ao *objeto* da pretensão. Quanto ao conteúdo, aumentar-se ou diminuir-se o que como preço se há de prestar, ou qualquer das indenizações do art.

1.109, 1-111. Quanto ao objeto, há, por exemplo, o pacto ou cláusula de se prestar outra coisa > ou coisa do mesmo gênero.

A responsabilidade pode ser totalmente excluída > mas incide o art. 1408 do Código Civil: restitui-se o preço. Em verdade > a pré-exclusão ou exclusão da responsabilidade pela evicção está sujeita a limite > a mínimo > que é a restituição do preço. Essa restituição não pode ser pré-excluida, nem excluída. Assim, salva-se o sinalagma.

A solução que o art. 1.108 dá de não se poder pré-excluir a restituição do preço funda-se em justiça e eqUidade e está na tradição do direito luso-brasileiro e do direito brasileiro (Deci**são** do Senado português, em 1600, citada por **MANUEL MENDES fiE CASTRO,** *Practica Lusitana,* **1, 154:** ..... ad pretii restitutionem praecise teneatdr venditor, etiamsi expressa conventum fuisset, ut non teneretur de evictione»; ANTONIO COMES, *Variarum Resolutionum luris Civilis et Regni Libri tres, II,* e. 2, n. 4; FRANcIsCO DE CALDAS, *CommentcLrius anabyticus sive ad Typum Instrumenti Emptionis et Venditionis Tractatus,* e. 31, n. 113; MANUEL

GONÇALvES DA SILVA, *Commentana ad Obligationes, 1,* **869).**

2. CONTRAPRESTAÇÃO E RESTITUIÇÃO. **O** pacto de não prestar evicção podia ser *geral* ou *especial:* o **a-.**

pactum de nou 2/n-aestanda evictione generali.s era aquêle pelo qual se tirava outorgante, ao *auctor,* a responsabilidade pela evicção; o *specialis* era o pacto pelo qual se pré-exclui a a própria restituibilidade do preço.

A *ratio legis* do art. 1.108 do Código Civil foi vedar o atendimento do

pactum de non praestanda evictione generalis se o outorgado ignorava o risco da evicção (= ignorar a existência de causa de evicção), ou, informado, o não assmniu. Já assim era a solução da L. 27, C., *de evictionibus,* 8, 44. Se foi informado da existência de algum vício jurídico e o assumiii, não fica sujeito aos outros que ignorou, ou, informado da existência dêles, ou de algum dêles, não o assumiu (CHE. FR. VON GLtYCK, *AusfWtrliche ErUuterung der Pandecten,* 20, 296>.

A repulsa ao pacto vem de muito tempo. Reputavam-no inválido, entre outros juristas, ANTÔNIO FÂBER

(Ratianalia in Pandectas, à L. 11, § 18, D., *de actionibus empti venditi,* 19, 1), 3. AVERANflIS

(Interpretationum inris, 64 8.) e 3.T. RrcnTmi *(Diss. de pacto evictionis non praestartda inutilis,* 1 s.). A essa conclusão, que se pretendia fundada na L. 11, § 1, D., *de actionibus empti venditi,* 19, 1, e na *L.* 11, § 18, foi repelida pelos que lembraram a L. 10, D., *de hereditate vei actione vendita,* 18, 4, tanto mais quanto, na L. 11, §

18, ULPIANO cita porém não acolhe a opinião de JULIANO.

Quanto à eficácia, alguns reputavam que só o outorgante em dolo teria de restituir o preço; fora daí, não, pois que se pré-excluira a responsabilidade pela evicção e restituir o preço seria eficácia da responsabilidade pela evicção, que, *ex hvpothesi,* se pré-excluira (F. DUARENO, *Opera omitia,* ad Tit. Pand. et Cod. *de actionibus empti venditi,* 1026; D. TULDENUS, li. Á SUERIN e outros; cf. HERM. ZOLL, *Diss. ad L. Ex emplo 11,* § *ulL, D., de actionibus empti,* 1 s.). Contra, 3. CujXera, Huoo DoNirno, 3. ANT. MANGILIUS *(Tractatua de Evictionibus,* q.

68), Nie. BURCUNDUS *(Trac tatus de Evictionibus,* e. 41), FRÂNC. CALLETIUS *(Commentarius ad Tit. 45*

Lib. VIII, 827), 3.ALTAMIRÂNUS (em O. MEERMANN, *Thesaurus,* II, 404), J. VOET *(Commentarius ad Pandectas,* 1, 756), 3. Ntc. HERT *(Diss. de pacto, ne praestetur evictia, Opuscuta,* II) e outros. Ainda em tôrno à L. 11, § 18, vieram as monografias de .r. a. BOEHMER *(Vindiciae juridici pacti de non praestanda evictione contra communes errores,* 1 s.) e FR. ALEF *(Ventas*

toramunis o"pinionis circa pactum de non praestanda evictione contra novissimos Boehmeri errores vindica.ta, 1

s.).

No direito bizantino, o pacto não pré-excluia a restituição do preço (cf. M. RICCÂ-BARBERI5, Ii *pactum de nou praestanda ev ictione* dai bizantini ai codici moderni, *Temi,* IX, 800 s.; Altra ancora sull‟efficacia dei *pactum de non praest anda evictione, Studi in onore di* PIETRO Di FRANCISCI, II, 11 *si.*

Se houve dolo do outorgante, o pacto é anulável (Código Civil, arts. 147, II, 2.~ parte, e 92-97). As discussões do direito comum, prâticamente, não nos interessam. O outorgado, se quer evitar que se atenda *à* eficácia do pacto de não prestar evicção, porque fôra doloso o outorgante, tem de promover-lhe a desconstituição.

3.AGRAVAÇÃO E MINORAÇÃO . O art. 1.107 do Código Civil estatul: “Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, tôda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade”. No parágrafo único, acrescenta-se: “As partes podem reforçar ou diminuir essa garantia”.

Entre as agravações da responsabilidade está a de que cogitou a L. 12, *O., de evictionibus,* 8, 44: a de se ter de restituir o preço quando se litigue sôbre o bem adquirido (“... sívecum comparares convenit, si qua quaestio eius nomine relataesset, etsi necdum evictus esset, ut pretuum recuperares, praeses provinciae, quod tibi praestandum animadverterit, restitui iubebit”). Aí, a cláusula não concerne à responsabilidade pela evicção; é de resolução do contrato antes de se saber qual a solução judicial da questão. Vale hoje, como valia no direita anterior ao Código Civil (MANUEL CONÇALVES DA SILvA, *Commentaria,* 1, 869: “Valet tamen pactum, ut si res nou evincatur,

~ed tantum lis moveatur, pretii restitutio fiat‟9. iAinda hoje pode o outorgado fazer-se prometer o dobro em caso de evicção? “Duplae”, na expressão “duplae stipulatio”,

é a quantidade dupla: “stipulatio quantitatis duplae aestimationisve eius rei, quae distracta est” (Huoo DONELO),odôbro do preço (FRANC. CALLETIUS, *Commentarius ad Ti. .45 Lib. VIII Cod. de evictionibus,* 812; GERH. NooD‟r, *Coramenta nus in Pandectas,* 470). ~ Pode fazer-se prometer mais do que o duplo?

A tradiçào é no sentido de não se poder prometer mais do que o duplo; mas, hoje, há lei explícita, O que excede o quanto da indenização tem caráter de pena convencional e havemos de lembrar

o que foi dito no Tomo XXVI, *§§*

8.112-3.121.

4. DIREITO 1)0 EVICTO SE HOUVE CLÁUSULA PRÉ-EXCLUUENTE DA RESPONSABILTDÃ&S)E DO

OUTORGADO PELÂ EVICÇÃO . Lê-se no Código Civil, art. 1.108: "Não obstante a cláusula que excluir a garantia contra a evicção (art. 1.107), se esta se der, tem direito o evicto a recobrar o preço, que pagou pela coisa **a-.**

evicta, se não soube do risco da evicção, ou dêle informado, o não assumiu".

Houve cláusula pré-excludente da responsabilidade pela evicção e sobrevejo a evicção . Ou a) o outorgado *sabia* do risco da evícção ao tempo *da* conclusão do contrato ou do recebimento da prestação , ou foi informado e a assumiu; ou b) o outorgado *mio sabia* do risco da evicção, ou, *informado,* o não assumiu. Nas espécies a), não há invocabilidade do art. 1.108 do Código Civil; somente nas espécies 70, há restituIção da contraprestação .

Oart. 1.108 do Código Civil só se refere à restituiçâo da contraprestação . A indenização rege-se pela cláusula: ou essa a pré-excluiu totalmente, o que é de entender-se sempre que se disse ter-se pré-excluído a responsabilidade pela evicção *(e.* o., "não respondendo pela evicçào") ; ou apenas restringiu o importe das indenizações.

No direito romano, na L. 11, *§* 18, *in fine,* 111., *de actionibus empli venditi,* 19, 1, ULPIANO, depois de aludir ao que JULTÂNO pensava sôbre venda de coisas futuras, advertiu que, fora daí. o vendedor somente responde por dolo, ao parecer de JunANo:

"tunc enim secundum supra nobis relatam luliani sententiam dícendum est ex empto eum teneri, qula dolo facit".

O direito romano era hostil à pré-exclusAo da responsabilidade pela evicção; mas o texto da L. 11, *§* 16, criou divergências, no direito comum, em tôrno do que pensava JULTANO e do que pensaria ULPL&NO. Nas últimas investigaç5es, o que se tem por assente é que a cláusula ou pacto de não-garantia da evicção, no direito bizantina, não exclui a restítuiçâo do preço

(M. RICCA-BARBERIS, II *pactum de non praestanda evictione* dai bizantini ai codici moderni, *Temi,* IV, 800 s.; Altro ancora suIl"efficacia dei *pactum de non praestanda evictione, Studi ire onore di* PIETRO DI FRANCISCI, II, 11 sj.

Se o *pactum de non §praestanda eviotione* foi feito por ter cometido dolo o outorgante, pode ser anulado (Código Civil, arts. 147, II, 2a parte, 92-97).

A invocação do art. 1.108 do Código Civil, no tocante à restituição do preço, é uma das conseqUências da responsabilidade pela evicção: tanto assim que, se foi pré-excluída essa responsabilidade, só se restitui o preço se o outorgante alega e prova que o outorgado conhecia o risco da evicção *que se deu,* »ou, vindo a conhecê-lo, o assumiu. ~ impertinente invocar-se, aí,o ad. 158 do Código Civil, como fêz JoXo Luís ALVES *(Código Civil anotado,* IV, g□a ed., 206). Pela ação de evicção (ação para haver o que o outorgante tem de prestar como responsável pela evicção) é que se exigem a restituição da contraprestação e as indenizações. Nada tem isso com a anulação, que ai não ocorre, nem com a ação de enriquecimento injustificado.

5.DIREITOS PESSOAIS E CLÁUSULA PRÉ-EXCLUDENTE OU EXCLUDENTE. A responsabilidade pela evicção, em se tratando de direitos pessoais, como de direitos reais limitados, também pode ser pré-excluída ou excluída. O art. 1.108 do Código Civil *é* invocável. A responsabilidade pela evicção pode ser aumentada ou diminuída.

A responsabilidade pela evicção nada tem com a solvência do devedor *(bonitas).* Se alguma penhora incidiu antes da cessão, pode ser evicte o crédito.

6.AQUISIÇÂO flO DIREITO APÓS A. CONCLUSÃO DO CONTRATO E ANTES DO ADIMPLEMENTO.

Pode ocorrer que, antes da conclusão do contrato, o outorgante não possa prestar, sem vício jurídico, mas advenha a extinção do vício jurídico antes do adimplemento. Não há pensar-se em evencibilidade. Não poderia ser evicto.

Também não há evicção : a) se o outorgado, após a conc1usão do contrato e entrega da prestação, deixa começar ou concluir-se prazo de usucapião ou prazo de prescrição; b) se *há* decreto de desapropriação após a entrega da prestação.

Se a usucapião ou a prescrição ocorre entre a conclusão do contrato e o adimplemento pelo outorgante, responde êsse, porque não pode adimplir, ou, se adimple, o faz ineficazmente em relação ao terceiro, podendo dar-se a evicção.

Se havia arresto ou seqUestro ou outra medida constritiva, a que se seguiu, após a entrega da prestação, a execução forçada, há evicção.

Se o outorgante havia adquirido a têrmo ou sob condição resolutiva e se atinge o término, ou se imple a condição, evicção há. Idem, em caso de retrovenda. A opinião que admite a responsabilidade pela evicção ainda se o outorgado conhecia o tênno resolutivo, ou a condição resolutiva, ou o pacto *de retrovendendo, é* de repelir-se (cf.

Código Civil, art. 1.117, II).

a-.

7.FÂm DO OUTORCANTE POSTERIOR *À* CONCLUSIO DO CONTRATO OU À PRESTAÇÃO. Se o causador de vencer o terceiro foi o outorgante, por ato posterior *à* prestação, não há pensar-se em evicção <GINo GORLA, *La Coinpravendita e la Perinuta,* 108 s.; PÂOLO GRECO, *L& Compravendita e altri contratti,* 81; sem razão, DOMENICO RuBINo, *La Compravendita,* 587). Venceu-se, sem se evencer. *E.* g., o outorgante faz outro acôrdo de transmissão com terceira pessoa e transfere a posse a ela, *longa ,nanu,* mesmo se transferiu a terceira pessoa a posse imediata, o que é desapossar ao outorgado. Há ato ilícito do outorgante contra o outorgado, que pode levar a ter decisão favorável a terceira pessoa, por se tratar de posse, poder fáctico; mas, aí, há vitória sem evicção. No caso de alienação de bens imóveis, a transcrição a favor da terceira pessoa, após o *acOrdo de transmissão,* dá fundamento à ação de resolução por inadimplemento, porém não à ação de evicção, porque não houve o adimplemento. Para evitarmos as dúvidas em que se debate a doutrina estrangeira, precisemos as questões.

Quanto aos bens móveis cujo domínio (ou, em geral, a titularidade), ou direitos sôbre êles se constituem ou se transferem com a posse, a prestação pode ocorrer com o vicio no próprio direito à posse, o que pode dar ensejo à evicção. No sistema jurídico brasileiro, em que há as regras jurídicas dos arts. 620-622 do Código Civil, a tradição é

essencial e a cessão do art. 621 a supre, por ser a cessão da pretensão à posse. Ou o vício é *anterior* à tradição, ou posterior. Se é posterior, por ato do outorgante, há ofensa ao direito do outorgado, com possivel perda, por êsse, da ação que o outorgante ou outrem proponha, não *evicção.* Alguém vence, sem e vencer.

Quanto aos bens imóveis e aos móveis, a respeito de cuja titularidade de direito, ou de direito sôbre §Ie, se exija registo, a posse não exerce o mesmo papel. Se a ofensa feita pelo outorgante foi antes da conclusão do contrato, ou antes do acôrdo de transmissão ou de constituição, que é comêço de adimplemento, indiscufivelmente há evicção, se o adimplemento veio a completar-se com o registo, embora não satisfatório, por vir a decretar-se a nulidade ou ineficácia do registo. Se o contrato foi feito com o acôrdo de transmissão ou de constituição, ou dêle seguido, e a ofensa pela outorgante sobreveio ao acOrdo, precisa-se a questão: há, ou não, evicção. Ou somente há evicção após a eficácia real do acOrdo, ou após o acOrdo e antes da sua eficácia real. Uma das duas opiniões há de ser a verdadeira.

a)Se o outorgante havia transferido a posse ao outorgado, sem lhe haver nascido o direito de propriedade ou outro direito, a que a posse se ligara, não se pode pensar em evicção, pois faltou a prestação: enquanto não há eficácia real do acOrdo, não há evencibilidade. b) O acOrdo é adimplemento, que se faz não satisfatório se ocorre a irregistabilidade, qualquer que seja o fundamento. É nesses têrmos que se há de par a questão.

A espécie mais simples é a da venda de coisa alheia ao tempo do registo, pOsto que antes pertencesse ao vendedor; portanto, a do registo a favor de outrem após o acOrdo de transmissão ao outorgado, determinando a impossibilidade do registo a favor dêsse. Há ou não evicção? Ou se há de ter o acOrdo de transmissão como adimillemento, ou como ato para o adimplemento. Ali, seria adimplemento não satisfatório, por se ter impossibilitado a eficácia real; aqui, seria inadimplemento, simplesmente.

A obrigação do outorgante, nos negócios jurídicos onerosos, não é só a de concluir o negócio jurídico abstrato de transmissão ou de constituição, mas sim, também, o de tornar titular do direito, pretensâ.o, ação ou exceção o outorgado. Portanto, o adimplemento é *com* a eficacização do acOrdo de transmissão ou de constituição, sem o quê a obrigação não foi cumprida.

Ooutorgado, se não foi eficacizado o acôrdo, pode: *a)* opor a exceção *non adimpleti contractus* <e não a *non rite adimpleti contractus); LO*

propor a ação para o adimplemento, ou indenízaçao; *c)* propor a ação de resolução ou de resilição do contrato, com ressarcimento. Se o acôrdo não foi eficaz ou enquanto o acôrdo não é eficaz, o outorg,ante não *deu.* Acontece o mesmo se o outorgante, sem novação, transfere como direito a termo, ou sob condição, como início de adimplemento, o direito que seria a prestação e o direito não se produz sem culpa do credor.

Assim, a falta de possibilidade do registo, a despeito do acôrdo de transmissão ou de constituição, não é causa de evicção, porque adimplemento não houve.

8.PROCESSO INICIADO ANTES DA CONCLUsÃo DO CONTRATO.

Preliminarmente, afastemos qualquer discussão que se prenda a processo de que teve conhecimento o outorgado, ou se êsse, no instrumento do contrato (Código Civil, art. 1.117, II), se deu por ciente. Fica o problema do processo ignorado, por do fato da existência dêle não saber o outorgado e não ter de conhecê-lo em virtude de registo. A causa da evicção está, *ex k"ypothesi,* antes da conclusão do contrato; à evicção mesma é que falta a decisao evíncente. É preciso não se confundirem, como ocorre a alguns juristas, causa da evicção e ato **a-.**

completante da evicção *(e. g.,* DOMENICO RUBINO, *La Compravendita,* 586). Se a decisão favorável tem de ser declaratória e, pois, elemento diminuidor ou excitúdor do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção do outorgado, é anterior, a sentença posterior de que resulta a evicçãe é de fôrça ou d~ eficácia *ex tune.* Se, por exemplo, o outorgado desconhecia a usucapião já operada e o processo para declará-la, evicto é, e tem pretensão à responsabilidade pela evicção. O que- importa é apurar-se se a fôrça ou a eficácia imediata (****) ou mediata („~„~) da decisão concerne a fato que se deu, com todos os efeitos definitivos antes da conclusão do contrato e do adimplemento. Noutros têrmos: se a declaratoriedade é sôbre o *ponto* que diz respeito à causa da evicção.

Se a prestação é de coisa certa e a causa se produziu ou se completou antes do adimplemento, mas após a conclusão do contrato, a indagação da culpa ou não-culpa do devedor somente se há de fazer se o devedor alega não poder prestar (Código Civil, arts. 865, 869 e 870). Não se deve entrar em tal pesquisa de dados subjetivos se o devedor prestou e a evicção se deu. Outrossim, se o outorgado escolheu a coisa

incerta e o devedor a prestou, sem alegar qualquer impossibilitação (Código Civil, arts. 876, 865, 869 e 870). Na doutrina estrangeira, às vêzes se traz à tona a verificação da culpa ou não-

-culpa do outorgante, mas fora de propósito, porque isso não entra na doutrina da evicção.

Restam os casos dos processos em que a decisão não tem eficácia declarativa sôbre a causa da evicção. Por exemplo:

fOra intentada ação de preceito cominatório com base no .art. 802, XII, do Código de Processo Civil, e a prestação fêz-se sem que dêle tivesse ciência o outorgante. Tudo se prende

*questão de se saber se, tomando conhecimento, depois, do procedimento em curso, o outorgante poderia evitar a vitória do adversário. O exemplo que dão alguns juristas italianos não serve: entendem êles que o outorgado após o processo de usucapião não tem a pretensão à responsabilidade pela ~evicçáo se deixou completar-se o prazo da usucapião. Mas, aí, confundem êles o problema do processo anterior com o do início da causa eviccional que não se completou antes da prestação. Se a decisão evincente declara que a prescrição se consumou antes da entrega da prestação, não há discutir-se a possibilidade de qualquer ato processual ou extraprocessual do outorgado para evitar que se desse a usucapião. Não se interrompe, nem se suspende o que já se consumou. Se falta tempo para a usucapião, não há o problema do processo: há o problema da usucapião já iniciada.

§ 4.223. Evicção pré-elidida

1.CONCEITO. Pode dar-se que o outorgado, que seria evicto se algo não acontecesse antes da propositura da lide, ou da sentença evincente, sofra as conseqUências econômicas que seriam as da evicção sem que se lhe tire o que recebeu ou parte do que recebeu. Por exemplo: A vendeu a B a casa da F?AM1FZ7~ZrkàrAftIOIT

rua X, de que C era dono, embora o registo de imóveis dissesse ser dono B, por incorreção retificável ou por transcrição cancelável.

Acontece, porém, que C falece e B herda os direitos. relativos à casa da rua X, que A vendera como sua. De regra, E adquiriria a propriedade pelo fato da transcrição (Código Civil, art. 530, 1), mas supomos ser um daqueles casos em que a transferência não se opera. Não há dúvida que B tinha a pretensão ã responsabilidade pela evicção contra A. O que se tem de saber é se, não tendo havido sentença evincente, pode B

ir contra A <r se tem 13 ação de evicção contra A). Ou E a tem,. ou não na tem, e só lhe assiste a ação por adimplemento insatisfatório (espécie de ação por inadimplemento) Se foi vendido bem móvel alheio, cuja transmissão independe de registo, e o outorgado veio a adquirir a propriedade (cf. Código Civil, art. 622, 2.~

parte), põe-se a mesma questão, como ocorre, se é de mister o registo, nas espécies em que, a despeito de se haver registado o acOrdo de transmissão, se pode dar evicção.

2.SORTE DA PRETENsÃO À RESPONSABILIDADE PELA EVICÇÃO .

Em tOdas as espécies que acima foram previstas, perda não houve, houve aquisição. Mas advirta-se em que: a) se se afirma que houve aquisição e essa aquisição se pôs no lugar da aquisição inexistente ou ineficaz, que poderia **a-.**

sofrer a evicção. implicitamente se asserta que o adimplemento não fôra sem o risco, que o outorgante teria de ter evitado; b) a causa de evicção foi anterior à prestação e a aquisição sucessiva, quer a causa de morte quer entre vivos, depois do adimplemento foi à custa da esfera jurfdica do outorgado, que teria de haver no seu patrimônio a (o bem evencivel) e o bem adquirido a", e apenas tem *a.*

Argumentos contrários também se têm na consideração, por assim dizer-se, da perspectiva histórica. Nas espécies referidas, não há a *luis denuridatio* nem a sentença evincente. É fácil responderse, trazendo-se à balha a L. 13, *§*

15, D.,. *de actionibus empti venditi,* 19, 1, na qual ULPIANO diz que, se me houveres vendido fundo alheio e se fêz meu por causa lucrativa, me compete contra ti a ação de compra (Si fundum mibi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nibilo minus ex empto mihi adversus te actio competit). É verdade que, na L. 60, D., *de solutionibus ei liberationjb,~g,*

46, 8, PAULO diz que se libera da obrigação quem prestou coisa alheia e sobreveio usucapião (Is, qui alienum hominem in solutum dedit, usucapio homine liberatur) e na L. 83, 13., *de mortis causa donationibus ei capionibus,* 39, 6, que o usucapiente de coisa alheia que lhe foi entregue a causa de morte não se tem como sucessor de quem era o dono, mas sim de que lhe dera a ocasião de usucapir (Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse, cuius res fuisset, sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset). A L. 60 não destrói o argumento tirado da L. 13, *§* 15, porque a causa de se poder completar o prazo para a usucapião surgiu antes da prestação e o tempo apagou a causa da evicção. Quanto à L. 33, quem herda, herda o que o decujo *tinha,* inclusive com o início de posse para usucapião e quem usucape não sucede a ninguém, por se tratar de modo originário de adquirir. Herda-se a situação possessória *ad usucapionem.*

Na doutrina italiana, GINO GORLA *(La Com pravendita e la Permuta,* 103) e R. LUZZATTO *(La Compravendita,* 1, 229 s.) entendem que não há, ai, ação de evicção. Afirmam que existe, na espécie, tal ação, na esteira de outros juristas que escreveram antes do nOvo Código Civil italiano, A. DE GREGORIO (Veudita, *Nuovo Digesto,* 12, *2,* 950), PAOLO GRECO *(La Compravendita,* 80) e F. DEGNI *<La Compravendita,* 210).

Mas a argumentação de um lado e do outro é fraca.

Se o outorgado, que poderia ser evicto, herda ou recebe em doação o direito do terceiro, toca-lhe a ação para haver a contraprestação e o mais, segundo os princípios dos arta. 1.109-1.111 do Código Civil. Já assim era em direito romano <L. 41, pr. e *§* 1, 13., *de evictionibus ei duplae gli ~pulatione,* 21, 2; L. 13, *§* 15, O., *de actionibus empti ven>diti,* 19, 1).

Quanto ao outorgado que adquire o direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção do terceiro, para evitar a evicção, NmtvA entendia que o outorgante poderia exigir o preço, mas Caso, o filho, disse falsa a opinião de NERVA, por ser contra a boa fé e por outra ser a causa da aquisição (POMPÔNIO, L. 29, pr., 13., *de evictionibus ei duptae glipulatione,* 21, 2:

“Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsuni esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium

consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem

haberem"9.

No direito brasileiro, tem-se de adaptar a solução à exigência da litisdenunciação, analôgicamente. O outorgante tem de admitir que não havia outra solução, justa, para o outorgado, ou ser convencido disso, judicialmente. No direito alemão, bá a regra jurídica do Código Civil alemão, *§* 440, alínea 33, que assimila às espécies da restituição ao terceiro a da herança e a da aquisição do direito do terceiro ou do seu desinteressamento.

A superveniência da usucapião e a aquisição por negócio jurídico oneroso são fatos jurídicos distintos, que de nenhum modo poderiam ser tratados nos mesmos têrmos para se decidir, no sistema jurídico, quanto à sorte da pretensão à responsabilidade pela evicção. Ali, a causa de adquirir foi a posse, que proveio do outorgante, e a evicção não mais se pode dar, porque o tempo correu. Isso não importa dizer-se que o outorgante não possa ser chamado à autoria por ter sido proposta pelo terceiro a ação de reivindicação, embora a defesa consista na alegação de usucapião pelo demandado, nem que o outorgante tenha de ficar de fora se o outorgado intenta a ação de usucapião, que é declaratória. Se tal propositura é de mister, o outorgante tem de prestar as despesas com êsse processo e o nOvo registo, se é o caso.

Se o outorgado adquiriu em virtude de negócio jurídico bilateral oneroso, ou mesmo em virtude de promessa de recompensa, a causa está fora do tempo em que o bem era do paúlniônio do outorgante, ou se acreditava que fOsse. A responsabilidade pela evicção não foi destruída: apenas ato do próprio outorgado salvou o bem. Não se pode, todavia, deixar a juízo do outorgado a apreciação do seu gesto e das conseqUências do seu gesto. Ou o outorgante admite a explicação que o outorgado dá à sua atitude, se o propósito foi evitar a evicção, ou o outorgado intenta a ação declaratória contra o outorgante, para que se não interprete o seu ato como de renúncia à pretensão à responsabilidade pela evicção.

a-.

Se o terceiro já propOs a ação, o chamamento à autoria *é* indispensável, e o acOrdo entre o outorgado e o terceiro pode ser com ressalva da pretensão à responsabilidade pela evicção, o que se há de entender sempre que a causa prossiga com o outorgante.

Resta o problema da deixa hereditária e da doação pelo que poderia

evencer e preferiu doar. Aí, nenhum elemento para a nova situação proveio do outorgante. A evicção foi pré-elidida pelo próprio terceiro, de jeito que há dois figurantes únicos: o outorgado e o decujo ou o doador.

<Estamos a falar de responsabilidade pela evicção. Se, antes da prestação, o outorgante faz derrelicção do bem que teria de prestar e o outorgado adquire, por ocupação, a propriedade, ou se o outorgado o adquire por usucapião, sem que tenha havido entrega da posse *ad usuco~pionem,* não há pensar-se em responsabilidade pela evicção. A pretensão contra o outorgante é pelo inadimplemento. 13OMENIOO RUBINO, *La Compravendita,* 543, entende que, se tem de ser restituído o preço, se conta a favor do outorgado o que desembolsou com despesas do contrato tornado incumprível, porém não o maior valor da coisa ao tempo da ação do outorgado. Mas, se vamos cair nessas distinções, baralhamos duas figuras jurídicas e na apuração da justiça do pedido do outorgado atendemos ao que nada tem com o contrato entre o outorgante e o outorgado.) 3.SATISFAÇÃO DO OUTORGADO QUE PODERIA. SER EVICTO. Se o outorgado se livrou da evicção mediante prestação de soma de dinheiro ou de bem, avaliável ou ainda inavaliável, *pode* o outorgante livrar-se da responsabilidade prestando ao outorgado o que êle pagou. Supõe-se que o outorgante não haja colaborado no evitamento da evicção, e provàvelmente o outorgado prestou, sem que se cortasse o curso da causa, para a eficácia declarativa da decisão. Até se proferir essa sentença é que o outorgante *pode* liberar-se; depois, não é a seu líbito a liberação, porque já *deve* e está satisfeito o último pressuposto para a ação de evicção: a sentença trânsita em julgado.

Se o outorgado deu em soluto, qualquer que haja sido o seu sacrifício econômico, o outorgante, que se quer liberar, tem de acordar sObre o valor, não do que foi prestado, mas do que *seria* devido. O que se avalia não é o que se presta,

mas o que se deveria. (Aí está um dos senões do Código Civil italiano, art. 1.4S6, que fala de "rimborso deila somma pagata, degli interessi e di tutte le spese". O que o outorgante tem de prestar é o que seria devido pelo outorgado, se evicto fOsse; não o que o outorgado prestou, que pode ser excessivo. Como está, a regra jurídica italiana dá *facultas alternativa* ao outorgante: ou presta o que teria de pagar, ou paga o que o outorgado prestou.) Se o outorgado ainda não havia sido citado na ação de cuja sentença resultaria a evicção, o outorgante não

pode saber, ao certo, o que teria de pagar, pois não conhece, *ex hypothesz,* o pedido; mas libera-se, então sim, com a prestação do que o outorgado prestou. Não importa apurar-se se o outorgado e o terceiro conceberam o evitamento como em transação, ou como compra-e-venda, ou outro contrato oneroso em que seja outorgante o terceiro e outorgado o ameaçado de evicção.

Se é o outorgado que quer haver do outorgante o que prestou, ou obtém a concordância dêsse em reembolsá-lo, ou há de propor a ação declaratória em que se afirme que existia e vencibilidade.

Se já há sentença, porém ainda não transitou em julgado, qualquer composição do outorgado com o demandante, ou, se a ação fOra proposta pelo outorgado, com o demandado, é evitamento da evicção, e trata-se de acôrdo com os princípios que acima foram expostos.

Se já transitara em julgado a sentença, qualquer desinteressamento do terceiro é adimplemento pelo outorgado evicto. O valor das indenizações é aquêle que se fixe ao tempo do adimplemento pelo outorgante.

Se se trata de evicção por existir gravame real ou atingimento do bem por algum direito pessoal, ou medida constritiva, o outorgado somente pode evitar a evicção ou a execução da sentença evincente com a purga da mora, ou a aquisição do direito do terceiro, ou a extinção do direito.

4.OUTORGADO QUE SATISFAZ O POSSÍvEL EVICTOR. Se

o outorgado presta o objeto a respeito do qual crê que existe evencibilidade, tem de ir à lide e obter decisão judicial, ou perde a pretensão à responsabilidade pela evicção (Cf. L. 17, C., *de evictionibus,* 8, 44). Pode ter sido a polícia que haja apreendido o bem, ou o juiz; pode ter sido apenas exposição documentada que lhe fêz o terceiro.

De qualquer modo, ou êle se mantém na situação que o outorgante lhe deu *(e. g.,* se a polícia apreende, com êle fica a posse mediata; idem, se o juiz apreende), ou entrega ao terceiro o que recebeu. Entregando-o, antecipa a eficácia que teria a decisão judicial evincente; mas isso só é sem a conseqüência da perda da pretensão à responsabilidade pela evicção se se pede imediatamente a citação do outorgante. ~ Deve-se, diante dos fatos, **a-.**

decidir se a demora no pedido de citação significou ou não renúncia? A resposta é negativa. A sanção da lei é independente de qualquer

manifestação do outorgado em contrário. Só se lhe há de permitir o tempo razoável para a lide contra o outorgado.

§ 4.224. Sujeitos ativos e sujeitos passivos da relação jurídica de responsabilidade pela evicção 1.PRETENSÃO À RESPONSABILIDADE PELA EVICÇÃO. Se causa de evicção existe, há pretensão do outorgado à responsabilidade pela evicção, embora êle continue de ignorá-la. O que ainda não há é a ação de evicção.

Os sujeitos ativos dessa pretensão são o outorgado e seus herdeiros ou sucessores entre vivos.

Se o outorgado retransfere o direito ou o crédito, quem sofre a evicção é o segundo outorgado que pode exercer a pretensão à responsabilidade pela evicção.

Não há regra jurídica de *cessão lego)* dos direitos do outorgante contra aquêle ou aquêles de quem houve o bem evicto (cf. Tomo XXIII, *§§* 2.842-2.846), mas há possibilidade de *cessão judicial* (Tomo XXIII, *§§* 2.S47-2.852).

O outorgante anterior não é responsável ao outorgado porque seria responsável perante o outorgante. Não podemos imaginar regra jurídica de *costume,* que se baseie no uso da cláusula de cessão dos eventuais direitos de garantia, como se faz em direito itabano *(e.* g., GINO GORLA, *La Compravendita e la Permuta,* 115; F. Di BLÂsI, La Vendita, *Commentario ai nuovo Codice Civile italiano,* 41; DOMENICO RUBINO, *La Com pravendita,* 568). O que o outorgado pode pedir é a cessão judicial do crédito do outorgante contra o outorgante anterior, o que afasta poder o outorgado ir diretamente, saltando o outorgante, contra o outorgante anterior, ou contra os outorgantes anteriores.

O outorgado, que se defende na ação proposta pelo terceiro, pode pedir a denunciação do outorgante e a cessão judicial da pretensão dêsse contra o outorgante ou os outorgantes anteriores, ainda que o outorgante denunciado não tenha denunciado a lide ao outorgante ou aos outorgantes anteriores. Aliás, o outorgante denunciado também pode pedir a cessão judicial da pretensão daquele ou daqueles que êle denuncia contra os outorgantes anteriores.

O outorgado que não obtém do outorgante satisfação do seu crédito pela evicção pode ir contra os outorgantes anteriores a respeito dos quais houve a cessão judicial.

Se o outorgado por sua vez transfere o direito, somente se o terceiro

vai contra o seu outorgado é que pode ser responsabilizado; e êle, por falta de interêsse, não pode ir contra o seu outorgante.

Se o alienante, que é chamado à autoria, por sua vez, chama à autoria a pessoa que lhe transferiu o direito, e a evicção se dá, cada alienante responde a quem dêle adquiriu; e assim, regressivamente, conforme os chamamentos.

2.PESSOAS JURIDICAs ESTATAIS E EVICÇÁO. Não há inevencibilidade dos bens adquiridos pelas pessoas jurídicas estatais, nem são imunes à responsabilidade pela evicção. No direito romano, em epístola do imperador Alexandre aos contadores *(ad rationales),* foi tido como que se promovesse controvérsia sObre a coisa vendida pelo Estado, que recebeu o preço (cuius rei pretium ... fiscus acceperit). Mas entre as repartições públicas (officia inter se) podiam exercer as ações. O "gravissimum verecundia", a gravíssima vergonha, estaria, para o Estado, não em vedar ao dono ou possuidor ir contra o adquirente do bem alheio, mas em que o adquirente sofresse com a ação do dono ou possuIdor da coisa, uma vez que foi o Estado quem lhe transmitiu o direito (L. 1, C., *1-te fiscus rem quam vendidit evincai,* 10, 5). Na L. 2, o imperador Marciano apenas nega ao Estado revogações, retratações e outros atos contra alguém que adquiriu do Estado.

8.PLURALIDADE DE OUTORGANTES E PLURALIDADE DE OUTORGADOS. Se os outorgantes foram dois ou mais, quanto ao mesmo objeto *(aliter,* se quanto a partes divisas ou indivisas do objeto), a responsabilidade pela evicção é solidária, salvo se houve pacto em contrário (Código Civil, arts. 904-915).

Salvo pacto em contrário, a divida da evicção divide-se entre os herdeiros, se partilha já houve, uma vez que se trata de dívida divisível, por ser pecuniária.

Se houve pluralidade de outorgados, conjuntamente, o crédito considera-se dividido entre êles, por quotas iguais, se outro não foi o que pactou.

Sempre que a presença de um dos litisdenunciados seria de ajuda necessária ao litisdenunciante, na luta pelo direito, tem-se de entender que é solidário o dever de comparência, pOsto que não solidárias as responsabilidades pela evicção. Assim é que se há de entender o *principio do dever solidário dos litisdenunciados.* Não importa se o dever de prestar pela evicção é divisível ou não (cf. II. GIPEANIUS, *Lecturae*

Áltorphinae, 743 s.; FR.

CALLETIUS, *Commentarius ad Tit. 45 Lib. Viii Cod. de evietionibus,* II, 839; 4]. VOET, *Commentariug ad* **a-.**

Pandectas, 1, 753; C. F. WÂECHTLER, Ad Tit. Dig. de evictionibus, *Opuscula inridica ei philologica rariora.,* 133 a.; C. F. <1 MEISTER, *Diss. de iuris vinculo, qua plures pro evietione azuctores tenentur, §* 22).

4.PLURALIDADE DE EVICTORES. Se os evictores são dois ou mais, a relação entre êles é que determina a natureza do litisconsórcio. Podem ser comuneiros *pro indiviso;* podem ser comuneiros *por diviso;* pode ser que apenas os consorcie na lide a conexão de causas, ou a afinidade de questões por um ponto comum de fato, ou de direito. Não há resposta a *priori.*

Se a sentença só é favorável a um ou a alguns, os outros terceiros não são evictores.

5.RELAÇÃO ENTRE O EVICTOR E O OUTORGADO OU OUTORGANTE. A despeito da regra jurídica do art. 97 do Código de Processo Civil, segundo a qual, vindo a juízo o denunciado, recebe o processo no estado em que se acha e a causa com ele prossegue, "sendo defeso ao autor litigar com o denunciante", e o mesmo ocorre se foi o outorgado que propôs a ação, a eficácia da sentença evincente vai contra o outorgado. Se o demandado não litisdenunciou, o terceiro não pode ir contra o outorgante, pois contra êle não há ação proposta, razão bastante para todos os terceiros, que tenham interêsse em eficácia contra o outorgante, que não foi litisdenunciado, suscitarem o litisconsórcio do outorgante. Note-se bem: o litisconsórcio. O terceiro não litisdenuncia. Contra o outorgante, a sentença somente tem eficácia se foi trazido ao processo, mesmo se não houve extromissão do outorgado, ou se se estabeleceu litisconsórcio. A eficácia executiva ou mandamental para o terceiro haver o que se acha com o outorgado somente contra êsse se pode dirigir.

A restituição dos frutos ou a indenização do valor dêles pode ser exigida ao outorgado, ainda se extromisso do juízo, pOsto que, tratando-se de indenização, sempre haja a alternativa de se ir diretamente contra o outorgante litisdenunciado ou litisconsorciado. Se, indo contra um, não pode satisfazer-se, pode ir contra o outro.

Diga-se o mesmo quanto às despesas e custas judiciais. Que o evictor

pode ir, por elas, contra o outorgado, ainda se houve extromissão, prova-o o art. 1.109, III, do Código Civil, onde se atribui ao demandado haver do litisdenunciado as custas judiciais. São as custas judiciais que êle pagou.

Quanto às deteriorações (Código Civil, arts. 1.110 e 1.111), o que foi causado pelo outorgado, ou durante o tempo entre a prestação e a evicção, só se refere ao outorgado; ao outorgante só se imputa o que ocorreu antes da prestação. Todavia, a eficácia da sentença só é contra o outorgado, se não foi extromisso; contra o outorgante, que foi litisdenunciado e compareceu, é que vai a eficácia. Se o litisdenunciado não compareceu, então sim, contra o outorgado vai a eficácia e, mais, contra o litisdenunciado não comparecente.

6. DISPONIBILIDADE DOS CREDITOS. De regra, o titular dos direitos patrimoniais pode dêles dispor. Ou o credor cede o direito, ou remite a divida, ou o grava, de modo que abre portas a alienação. A aceitação de dação em soluto é disposição. Também pode o credor outorgar a alguém procuração, inclusive em causa própria, para qualquer dêsses atos. A pretensão condenatória, ou condenatória-executiva, ou executiva,pode tocar a outrem, como se houvesse estipulação a favor de terceiro. Se o terceiro, a favor de quem se estipulou, não pode cobrar o crédito, de ordinário havemos de entender que é credor sem a pretensão, ou sem a ação.

§ *4.225.* ilação em soluto e evicção

1.PRÚDROMOS DAS SOLUÇõES. O credor que foi evicto do bem que lhe foi dado em soluto há de ser tratado como quaisquer outros adquirentes, porque o bem que adquiriu foi em prestação que o devedor lhe fêz, para se liberar. Os juristas romanos chegavam até a uma *utiUs ex empio actio* e à ação de evicção (cf. L. 24, pr., D., *de pigneraticia actione vel contra,* 13, 7; L. 4, C., *de evictionibus,* 8, 44). SObre o assunto, Tomo XXV, *§* 3.002.

KARL ARENDT *(fie Rechte des GWubigers, welchem die an ErfUllungsstatt gegebene Sache evinciert worden ist, 47* s.), depois da análise das soluções romana, dos glosadores e dos modernos, apegou-se aos princípios da compra-e-venda.

R.VON IIOLZSCRUHER *(Theorie um! Casuistik,* III, 23 cd., 188) e O. F. PUCUTA *(Pandekten,* 93 ed., 374 s.) pensavam na escolha: restauração da dívida anterior ou *adio empti utilis.* Dada a evicção, a *pristina obligatio* estaria no lugar que o pagamento tornado sem efeito (B.

WINDSCIIEID, *Lehrbuch,* II, 421, nota 14).

2.DIREITO BRASILEIRO. O Código Civil brasileiro afastou a escolha (o chamado *berteficium dationis iii solutum,* que consistiria em poder o outorgado escolher entre a pretensão do crédito *anterior* e a pretensão pela evicção). O legislador brasileiro repeliu a antinomia, que se exprobrava à solução romana, a opinião de II.

DONELO e F. DUARENO, que insistia na concepção de ser a *datio in soluturn* compra-e-venda ou troca, a de escolha entre a recuperação da relação jurídica antiga e a ação de venda, à romana, a de distinção entre a **a-.**

compra-e-venda e a troca que haveria na dação em soluto, e a que só admitia a ação *empti utilis (II.* DERNEURO, II. WIT‟TE, 3. UNGER).

O Código Civil brasileiro invocou as regras jurídicas sObre compra-e-venda como aplicáveis entre os figurantes da dação em soluto (Código Civil, art. 996), mas logo após adotou a primitiva solução do restabelecimento da relação jurídica <art. 998).

3. ONEROSIDADE. Não há repristinação do crédito. O crédito permanece, porque foi *ineficaz* a alienação de bem alheio. Ainda em caso de promessa de doação, *7pactum in dona.ndo,* a dação em soluto é onerosa. O art. 998

incide: “Se o credor fOr evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dela”.

§ 4.226. Extensão da indenização

1.RESTITUIÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÁO E INDENIZAÇÃO. Lê-se no Código Civil, ad. 1.109: “Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço, ou das quantias, que pagou: I~ À indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir. II. À das despesas dos contratos e dos prejuízos que diretamente resultarem da evicção. III. Às custas judiciais”.

O evicto perde o direito, a pretensão, a ação, ou exceção, que adquiriu, porque venceu a obrigação do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção de outrem. (Outrem, aqui, está em vez de titularidade

noutra relação jurídica, razão por que terceiro, em matéria de evicção, pode ser o outorgante, ou o próprio outorgado.) O objeto não foi restituído ao outorgante, mas, por causa dêle, responsável pela evicção, teve de ser entregue ao terceiro. Se o preço ficasse ao outorgante, enriquecer-se-ia injustamente. A contraprestação pode ter sido de coisa ceda, ou em atos ou omissões do outorgado, ou de coisa genérica: então, o que o outorgante tem de restituir não é o preço1 no sentido de contra-prestação em dinheiro, mas o valor do que fOra contraprestado. Êsse valor não pode ser o do tempo em que o outorgado contra-prestava; há de ser o do tempo em que o outorgante adimple a sua obrigação de restituir.

Conforme as Ordenações Filipinas, Livro III, Título 45, § 3, ocorrida a evicção, seria "obrigado o autor chamado a lhe compor a coisa vencida com seu interêsse, ou pagar o preço, que por ela recebeu, qual o réu vencido mais quiser".

No Código Civil francês, art. 1.633, estatui-se: "Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l‟époque de l‟éviction, indépendamment même du fait de l‟acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu‟elle vaut au-dessus du prix de la vente".

O Código Civil brasileiro, art. 1.109, apenas se refere à "restituição integral do preço". Não aludiu ao valor da coisa evicta. Mas as críticas que se lhe fazem são improcedentes, porque o mesmo art. 1.109, no inciso fl, 23

parte, fala da indenizabilidade dos “prejuízos que diretamente resultarem da evicção”. O prejuízo por se perder o que vale x ~ *1,* em vez de x, que foi o valor da contraprestação *(e. g.,* do preço), é prejuízo diretamente resultante da evicção. O cômputo da diferença entra nas indenizações de que cogita o ad. 1.109, ~ □

2 a parte.

2.CONTRAPRESTAÇÃO E VALOR. A solução dos arts. 1.109.

1.110 e 1.111 do Código Civil é no sentido de restituir-se a contraprestação dito, exemplificativamente, “preço” e indenizar-se o que sofreu de danos e lucros cessantes o outorgado. A plusvalia do bem evicto é vantagem que êle perde; a minusvalia não se leva em conta, salvo se proveio de dolo do outorgado ou se da desvalorização êle auferiu, vantagem. Aqui, temos de ater-nos à linha histórica, defendendo de influências estrangeiras a doutrina.

O valor é que importa, porque o *quod interes!* se soma. No direito romano, também se diminuía o valor a menos (PAULO, L. 70, D., *de evietionibus et duplae stipulatione,* 21, 2:

“Evicta re ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum. sed ad id quod interest competit: ergo, et si minor esse coepit, damnum emptoris erit”; L. 66, *§* 3: “. . . evictis prediis in dominum actio dabitur, quae daretur in eum qui negotium absentis gessit, ut quanti sua interest actor consequatur, scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa tinem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, deminuat vel excedat”).

No Código Civil, não há regra jurídica sObre a subtraibilidade por desvalorização, salvo no caso dos ads. 1.111 e 1.110 em que ao preço se subtraem as vantagens ou a desvalia oriunda de dolo. O outorgante deve a contraprestação recebida *mais* as indenizações, ou, se ainda não recebera a contraprestação, ou só recebera parte dela, deve as indenizações, que couberem,ou a parte recebida da contraprestação *mais* as indenizações. Tal solução de técnica legislativa nos vem das Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 59, § 8, que mantiveram a composição em dObro, como queria a Lei de Afonso III, para os casos de estipulação (“quando lho assi prometer em algum contrauto”), e para a evicção inestipulada estatuíram: “ca em outra guisa nom será theudo a lhe **a-.**

compoer. senom soomente a cousa vencida com seu interesse, ou lhe pagar o preço, que por ella recebeo, segundo mais compridamente diremos ao diante" (cf. § 9: "porque vindo em qualquer tempo o senhor della, e vencendo-a a esse comprador, ou possuidor, será theudo o dito vendedor a lhe compoer a dita venda com todo seu interesse, seendo elie nomeado por autor ao tempo que deve, segundo que já suso dito avemos"). Foi o que passou às Ordenações Manuelinas (Livro III, Titulo 30, §§ 2 e 4, e às Filipinas (Livro III, Titulo 45, §§ 3: "a lhe compor a coisa vencida com seu interêsse, ou pagar o preço, que por ela recebeu, qual o vencido mais quiser"; e 5: "a compor ao comprador a dita cousa com seu interêsse, como dito é".

A solução tradicional, luso-brasileira e brasileira, é a da restituição do preço, com as indenizações. Só se diminui aquilo de que se aproveitou o outorgado e o que foi resultado de dolo do outorgado.

J

¶

3.RESTITUIÇÃO EM NATURA E PREÇO. O direito afonsino, o manuelino e o filipino, que veio até 1916, eram explícitos na ~permissão da restituição em natura da contraprestação (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 59, § 8: "a cousa vencida com seu interesse, ou lhe pagar o preço, que por elIa recebeo", e *§* 9: "a lhe compoer a dita venda com todo seu interesse"; Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 30, § 2: 4" sera soomente obriguado compoer a cousa vencida com seu interesse, ou paguar o preço que por elIa recebeo, qual o Reo vencido mais quiser", e § 4: "obriguado a compoer ao comprador a dita cousa com seu interesse, como dito he"; Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 45, § 3: "será obrigado o autor chamado a lhe compor a coisa vencida com seu interêsse, ou pagar o preço, que por ela recebeu, qual o réu vencido mais quiser", e § 5: "será obrigado a compor ao comprador a dita coisa com seu interêsse, como dito é").

§ 4.226. EXTENSÃO DA INDENIZAÇÃO

É de perguntar-se, aqui, se ainda hoje, diante do art. 1.109 do Código Civil, é possível que o outorgante, responsável pela dívida oriunda da evicção, se libere, prestando a coisa. Figuremos as espécies: (a) restituição da coisa certa, pela aquisição ao evictor, ou a quem no momento seja o dono ou titular do direito; *(b)* restituição em natura da coisa genérica; (e) restituição do preço *mais* o acréscimo de valor.

Interpretação literal do arE 1.109 do Código Civil faria única a solução (o).

Quanto a (a), temos de separar duas questões, a de ser admissível no sistema jurídico brasileiro, tendo havido litisdenunciação, a ação para adimplemento satisfatório, por se haver tido por insatisfatório (ruim) o adimplemento, e a questão, que aqui mais nos importa, que é a da restituíbilidade eni natura da coisa certa, em se tratando (já) de dívida do responsável pela evicção. A despeito da expressão "preço", que aparece no art. 1.109 do Código Civil, é de entender-se que pode ser feita a restituIção em natura. Aí, ou há a restituição da *mesma* coisa, como se o outorgante, devedor da composição, em face da evicção, herda ou adquire entre vivos a coisa evicta.

Ou já se havia transferido o direito ao terceiro, e então se há de transferir, de nOvo, ao outorgado evicto, ou ainda não se transferiu, e o desinteressamento do terceiro é suficiente. (Observe-se, porém, que, se o contrato é por tempo determinado, ou indeterminado, sem ser por todo o tempo, a restituição em natura não mais pode ocorrer.

Tal é o que acontece se evicto foi o locador e o tempo do contrato já se extinguiu.) Quanto a *(b),* a evicção dos bens fungíveis, no sistema jurídico brasileiro, não é rara, como seria se tivesse êle o princípio geral *En fait de meubles, la possessio*"*n vaut titre* (cf. JEAN HÉMÂRO, *Les Contrats commerciauz,* 1, 146), aliás como nas espécies *(a)*. No direito brasileiro, a aquisição pela posse de boa fé é excepcional. Fora daí, ou se, na espécie excepcional, a aquisição não se perfaz, a restituIção pode ser em natura, se ainda há o interêsse do outorgado evicto. Pode êle exigir que se lhe adquira a coisa que fique em lugar da antiga, com o que evita avaliações e discordâncias quanto ao preço e as indenizações.

O problema do adimplemento, por evicção, da coisa velha com a nova é o mesmo que se apresenta em geral (Tomo XXVI,

§ 3.111, 9).

4. O QUE HÁ DE SER INDENIZADO PELO OUTORGANTE. A evicção, em si, determina indenização, e não restituição da contraprestação.

a) Com a condenação a restituir os frutos, o outorgado evicto fica com a pretensão a receber do outorgante o que restituiu. Se, com a substituição subjetiva na relação jurídica processual, condenado foi o outorgante e satisfez o juízo, não tem de indenizar. Aí, o art. 1.109, 1, do Código Civil não incide.

b)As despesas quaisquer que foram feitas com o contrato, isto é, com o contrato, o acOrdo de transmissão ou de constituição e seu registo, ou outras exigências para eficácia, e com o próprio recebimento da prestação, *e. g.,* **a-.**

despesas de transporte, têm de ser ressarcidas.

c)Se o bem evicto se acha, ao tempo da evicção, aumentado de valor, mesmo se isso não foi devido ao outorgado, o outorgante lhe há de prestar além do preço êsse prejuízo que lhe advém diretamente da evicção, pois que, com ela, da plusvalia foi privado. Assim MANUEL ÁLVARES PÊGAS *(Commentaria ad Ordinationes,* 15, Livro III, Título 45, n. 18) e MANUEL GONÇÂLVES DA SILVA *(Commentaria,* 1, 869: "Etiam per evictionis remedium consequitur emptor interesse; circa quod sciendum est, eius nomine tantum venire, quantum propter evictionem emptori abfuit, quantumve lucrari potuisset"). Era a lição do preciso ALPE. DE GUZMAN *(Ad Tit. de evictionibus Co-mmentarius,* quaestio 55).

Na L. 1, C., *si vendito pignore agatur,* 8, 29, previu-se o caso em que o outrogante esteja conluiado com o evincente, indo o preço a êsse para se extinguir o direito. Ponhamos o exemplo hoje. Tinha E penhora sObre o bem imóvel de A, e A, ocultando-o, o vendeu a C, para se retirar a penhora, mas C recebeu o dinheiro e não deu a A os meios legais para o levantamento, ou A, que os tinha, não os entregou a C. Vem E contra C. O que C pode fazer é provar que E recebeu o quanto da divida pela qual se penhorara o bem. Provado, há evicção, com a indenização pelo outorgante e pelo credor que recebeu, ou o bem se reputa liberado, podendo a sentença mandar que se levante a penhora e cancele o registo da penhora, se acaso foi feito.

5.FRUTOS INDENIZÁvEIS. a) O outorgado evicto tem de ser reembolsado do valor dos frutos que êle teve de restituir ou de indenizar ao evictor. A restituição ou indenização ao evictor é variável conforme a condenação, pois o evicto pode ter sabido do seu não-direito antes da ação de que resultou a sentença evincente. Algum dos arts. 510-513 do Código Civil pode ter sido invocado, atendendo-se ao fato de ter estado de boa fé ou de má fé o possuidor. O outorgado tem pretensão à indenização do que restituiu, e não do a que teria direito o evictor.

b)Quanto às despesas com a produção e custeio, ao restituir ao evictor, o outorgado evicto, se possuidor de boa fé, há de deduzi-las do que restitui. Se não as podia deduzir, por estar de má fé, há de

reembolsá-lo o outorgante, porque a má fé só é apurável, aí, na relação entre o possuidor e o evictor.

O fundamento para a indenização pelos frutos restituidos está em que o contrato é oneroso e a contraprestação foi calculada para o equilíbrio entre ela e a prestação. Se a contra-prestação na venda, o preço já fOra entregue, funciona a indenização com os interêsses. Se ainda não o foi, quem aceitou prestar e esperar a contraprestação levou em conta o de que seria de abater-se se à vista o contrato.

e) Também hão de ser indenizados os "prejuízos que diretamente resultarem da evicção".

6. DEspEsAs Âfl o ADIMPLEMENTO. As despesas feitas entre a conclusão do contrato e o adimplemento, como as de embalagem do objeto comprado, têm de ser ressarcidas. O outorgado evicto não teria desembolsado a quantia ou as quantias necessárias ao seu pagamento se não tivesse adquirido o bem que afinal foi evicto. Dá-se o mesmo quanto ao valor dos atos e trabalhos do outorgado ou de seus serviçais ou empregados para ser possível o adimplemento, *e. g.,* viagem do outorgado ou de outrem para ir receber o objeto comprado.

7 QUE DIRETAMENTE RESULTAREM DA EVICÇÃO.

São resultantes, diretamente, da evicção todos os prejuízos que não existiriam se a evicção não tivesse ocorrido.

Ésses danos podem referir-se assim ao interêsse positivo como ao interêsse negativo. Por exemplo: os juros que o outorgado pagou para obter o preço com que comprou o bem; a valorização do bem que vendeu para adquirir o bem evicto (não a valorização do bem que deu em troca, porque essa é computada na indenização em lugar da restituição da contraprestação) ; as benfeitorias necessárias ou úteis, que o evictor não abonou ao outorgado (Código Civil, art. 1.112) ; o aumento do valor do bem evicto, previsível ao tempo da conclusão do contrato *(e. g.,* se o outorgado já ia vender o bem a outrem, por maior preço, como se era dono do terreno vizinho e havia comprador para os dois terrenos acima da soma dos valOres dos dois).

~preciso não se trazer à tona o pressuposto da *culpa* do outorgante. O art. 1.109 nenhuma alusão fêz à culpa. Na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, há discordâncias, *e. g.,* no direito italiano, antes e depois do nOvo Código Civil (pela inexistência do pressuposto necessário da culpa, GINO GORLA, *La Compravendita e la Permuta,* 108 s., e L. BARASSI, *La Teona Generale delie Obbiigazione,* III, 1089: "se la

Iegge accenna a una garanzia ciô significa, ineluttabilmente, che la responsabilità non é affatto vincolata alia colpa", mas com algo de contradição, 1090 5.; contra: PAOLo GRECO, *La Compravendita e altri eontratti,* 83; R. LUZZATTO, *La Com pravendita,* 234).

Não se trata de *divida,* de modo que se houvesse de invocar o art. 865, alínea □

2 a, ou o arE 867, ou o art. 870, ou

o art. 871, □

2 a parte. Trata-se de *garantia:* a dívida resulta de ter ocorrido o fato cuja inocorrência se garantiu (=

garantiu-se indenizar se o fato viesse a ocorrer).

Os prejuízos sofridos não são avaliáveis ao tempo da evicção, mas sim ao tempo de se proferir a decisão sObre a indenização. Porque se está a dizer quanto *vale* o prejuízo, isto é, com quanto se obteria a reparação. Aqui, 13.

a-.

WINDSCI-íEm *(Lehrbuch,* II, 682, nota 34) não fêz a critica do direito comum, e errou. Mostrou H.

DERNEURG *(Pan.dekten,* **q**□**a** ed., 274), invocando a L. 8, D., *de evictionibu.s et duplae stipulatione,* 21, 2, a *L.*

25 e a L. 29, C., *de evictionibus,* 8, 44, em que também pretendeu apoiar-se B. WINDSCHEID, que nenhuma razão tinha. Basta que se leiam os textos para se ver que B. WINDSCHEID não podia abrir exceção ao princípio geral de ser a indenização com o valor do tempo em que se adimple o dever de indenizar.

No direito anterior aliás, na doutrina aludia-se ao tempo da evicção, mas sem que o permitissem as Ordenações Filipinas, que falavam de se "compor a coisa vendida", "com o seu interêsse"; e MANUEL DE ALMEIDA E

SOUSA *(Coleção de Disserta ções e Tratados vários, 45* s.) não estêve à altura de outros momentos da sua crítica. Os textos reinícolas eram melhores do que aquêles que andou lendo.

Na doutrina alemã, CHIt. FR. GLtYCK *(Ausfithrliche Erlduterung der*

Pan&cten, 20, 350), K. A. 13.

UNTERHOLZNER *(Quellenmiissige Zusammenstellung der Lehre des rõmischen Rech,ts von den Sehuldverhàltnissen,* 300) e outros ainda se referiram ao tempo da evicção. Daí a opinião de 13. WINDSCHEID.

No art. 1.115 do Código Civil fala-se de "valor da coisa ao tempo em que se venceu"; mas, aí, o que se procura e a relação entre o valor da coisa ao tempo da evicção e o valor da evicção parcial. Em nenhum lugar do Código Civil se encontra apoio à opinião de E. WINDSCHEID.

No direito alemão, o 1 Projeto, § 377, alínea 23, □

1 a parte, pendeu para a opinião errada de E. WINDSCI-IEID;

mas foi eliminada a regra jurídica especial, de modo que regem os princípios gerais sObre importe das indenizações (reconheceu-o Th. Rípp, em nota ao *§* 391 de E. WINDSCHEm, *Lehrbuch,* II, 682). Assim, coincidem a atitude brasileira e a alemã (cf. OTTo REUTER, *fie Eviktionshaftung,* 42; ERNST NASSE, *Ue Bedeutung der Eviktion einer verkauften und „ii bergebeneu beweglichen Sache,* 29 s. >.

POsto que no comum se haja considerado o valor das indenizações ligado ao momento da evicção e o preço tivesse de ser o que foi pago, e não o do momento da evicção, porque a variação só se prendia à diminuição ou aumento da coisa (cf. J. S. F. 13OEHMER, *Diss. de computatione pretii in evictionis lrnaestatione, §§* 9, 15, 17 e 18), não é essa a solução do direito brasileiro. Com a evicção, nasce a ação e a indenização é conforme o défice, no património do credor, salvo *mora creditoris.*

impede da indenização há de ser determinado conforme o estado do objeto ao tempo da ação de evicção (L. 8, II., *de evictionibus et du~plae stipula.tione,* 21, 2; L. 25 e L. 29, C., *de evictionibus,* 8, 44), ou, se variar o valor, ao tempo do cumprimento da decisão. Assim sempre se entendeu no direito luso-brasileiro e no brasileiro.

Não é o momento da evicção que é o decisivo; e sim o em que se solve a divida de indenização, ou o em que se profere a sentença na ação de evicção, podendo subir. o valor se o outorgante demora o pagamento. Estava sem razão E.WINDSCHEm *(Lehrbuch,* fl, 9Y" ed., 677), ao ter como decisivo o momento da evicção, pois JULIANO, na L. 8, D., & *evictionibus et dujplae stip-ulatione,* 21, 2, frisou que o vendedor responde ao comprador pelo que a êsse interessa que o objeto fOsse do vendedor (quanti eius interest hominem venditons fuisse). No caso de evicção, pode-se, dizia êle, exercer a ação *ex etnpto,* e o vendedor há

de prestar ao comprador aquilo que com o objeto poderia adquirir. Na L. 9, C., *de evictionibws,* 8, 44, diz-se que, se não sofreres evicção, por teres vencido, terás o que compraste; se evicção houve, conseguirás de quem vendeu ou de seu sucessor quanto é do teu interêsse (sin autem evictum erit, a venditrice sucessoreve elus consequiris, quanti tua interest). Na L. 43, D., *de actionibus empti venditi,* 19, 1, frisa-se que a ação de compra não compreende só o preço, mas tudo que importa ao comprado não ser evicto o objeto (non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci). O pedido não pode ser excessivo. Em se tratando, por exemplo, de servo, que depois se fêz condutor de carro no circo, ou pantomimeiro, e fOra vendido por preço mínimo, é iníquo que se cobre ao vendedor tão grande soma como o preço que agora obteria (fveluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo veniit pretio], iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem). Na L. 45, pr., que também é de PAULO, aplica-se o princípio às deteriorações excessivas. De qualquer modo, era no momento de se indenizar que se havia de medir o quanto. A excessividade cortava-o.

8.DESPESAS JUDIcIAIs. É sempre devido ao outorgado o que êle gastou com a denunciação da lide ao outorgante.

Também, o que teve êle de pagar por custas de atos seus e pelo que foi condenado em custas. Se o demandante foi o próprio outorgado e perdeu, havendo a evicção, tem de ser reembolsado de tOdas as custas que pagou, ou a respeito das quais teve de reembolsar o evictor. Tendo sido proposta a ação contra o outorgante, nas espécies em que isso é possível *(e. g.,* o vicio consiste em que o titular que poderia evencer é o próprio outorgante), tOdas as custas são por conta do outorgante. As despesas e custas na ação de evicção, isto é, na ação para a restituição da contraprestação e para as indenizações, são pagas pelo outorgante, conforme os princípios.

Tanto nas custas da ação em que houve a litisder,unciação como na ação proposta pelo outorgado, de que resultou **a-.**

a evicção, e na ação de evicção (ação para haver a restituição da contraprestação e as 2 indenizações), o pagamento dos honorários do advogado do outorgado está incluido, porque em 4 principio houve dolo ou culpa do outorgante. O caso único em que se não hão de incluir os 2 honorários do advogado do outorgado é aquêle em que, na ação de evicção (não nas outras >, o outorgante alega e prova que nenhuma culpa teve, por ignorar êle mesmo a existência do alegado

vicio jurídico.

Tem-se de presumir que o conhecia.

Quanto aos honorários do advogado do evictor, em que acaso haja sido condenado o outorgado, tem de indenizá-los o outorgante ao outorgado, como despesa judicial.

As multas impostas ao outorgado em conseqUência de má fé (Código de Processo Civil, ad. 66) não são cobráveis ao outorgante, por serem personalíssimas.

Se o terceiro perde a ação cuja sentença poderia ter sido evincente, o outorgado não tem direito à indenização das custas e honorários de advogado, O outorgante é responsável pela evicção e suas conseqUências, porém não pelas despesas que haja causado a demanda inadmitida, ou a demanda improcedente, do terceiro.

9. DETERIORAÇÕES. A deterioração consiste em qualquer alteração que diminua o valor.

O Código Civil, nos arts. 1.110 e 1.111, supóe, em principio, a responsabilidade do outorgante, perante o outorgado, e admite a objeção do dolo do adquirente e a do enriqueci mento do outorgado com as vantagens oriundas das deteriorações. Houve a evicção e o outorgado teve de indenizar o evictor. A isso não se referiu o Código Civil, porque a condenação do outorgado, a propósito de deteriorações, ou de perda, se rege pelos princípios invocáveis em qualquer ação de reivindicação, de vindicação, ou de recuperação possessória. Convém, todavia, para que melhor se esclareçam os arts. 1.110 e 1.111, que se enunciem os princípios, na espécie da evicção.

Trata-se de deterioração entre a entrega do bem e a evicção. Nenhuma responsabilidade tem o outorgado quanto às deteriorações ocorridas antes da prestação, salvo se houve mora de credor e não foram indenizadas para os reparos necessários.

O outorgado de boa fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa (= de que fOr gravemente culpado, Código Civil, art. 514, cf. Tomo X, §§ 1.128, 8, 1.129, 1, 6, 1.180, 1, 2, e 1.181). O

outorgado de má fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que do mesmo modo se teriam dado, estando ela na posse do evicto (Código Civil, art. 515; cf. Tomo

X, §§ 1.078, 8, 1.128, 8, 1.129, 3, 1.180, 8, e 1.181, 1). A boa fé pode ter cessado antes da lide ou após a propositura da ação, assunto que já foi versado em pormenores (Tomo X, §§ 1.129 e 1.130).

Se o outorgado tem de indenizar ao terceiro, por culpa, não há, no direito brasileiro, a solução de se considerar que o alienante não o deve indenizar do que pagou pelas deteriorações. Na relação jurídica entre o outorgante e o outorgado evicto, o que pré-exclui o reembOlso é o dolo, e não a simples culpa. É isso que resulta do Código Civil, art. 1.110: "Subsiste para o alienante esta obrigação, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente". No Código Comercial, art. 215, □

2 a alínea, 13 parte, diz-se: "A restituição do preço

tem lugar, pOsto que a coisa vendida se ache depreciada na quantidade ou na qualidade ao tempo da evicção por culpa do comprador ou fOrça maior". Na interpretação das duas regras jurídicas, devemos entender que o conteúdo é o mesmo: o Código Comercial, art. 215, 23 alínea, 1.8 parte, falou de "por culpa do comprador ou fOrça maior"; o Código Civil, de "exceto havendo dolo do adquirente". A *contrario senszc,* foi o que estabeleceu o Código Comercial:

"por culpa" "exceto havendo dolo do adquirente".

Pode dar-se que o outorgado haja tirado vantagens das deteriorações, oriundas de culpa, ou não, e não tenha sido condenado a pagar o valor delas ao evictor; tem, então, de ser deduzido do que lhe haja de prestar o outorgante o valor de tais vantagens. As deteriorações têm de ser cobertas pela contraprestação, que se haja de restituir, mas ao quanto se há de subtrair o valor do enriquecimento. É estranho que R. LuzZATTO *(La Coinpravendita,* 287, nota 2) não pense dêsse modo, perante o Código Civil italiano, arts. 1.479, alínea 2.~, e 1.483. O direito brasileiro foi explícito (Código Comercial, art. 215, alínea 23, □a parte: "Se, porém, o comprador auferir proveito da **2**

depreciação por êle causada, o vendedor tem direito para reter a parte do preço que fOr estimada por arbitradores"; Código Civil, art. 1.111: "Se o adquirente tiver auferido vantagens das deteriorações, e não tiver sido condenado a indenizá-las, o valor das vantagens será deduzido da quantia que lhe houver de dar o alienante".

Se a perda ou restrição do direito proveio de ofensa, como esbulho ou turbação de posse, ou desapropriação, ou requisição pelo Estado, ou

apreensão por motivos fiscais, ou de saúde pública, não há evicção (Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de maio de 1948, E. *dos T.,* 174, 781). Todavia, se o ato resultou de causa anterior *à* prestação, pode haver vício de direito, ou vicio do objeto, dando ensejo, respectivamente, à pretensão à prestação por **a-.**

evicção, ou à redibição ou minoração da contraprestação.

Se o outorgado não teve de prestar ao terceiro por deteriorações que o bem sofreu, não pode êsse exigi-lo do outorgante, salvo se havia má fé por parte dêsse e os danos não teriam ocorrido sem a alienação pelo outorgante *(e.* g., se o dano proveio de não-uso da coisa pelo outorgado). Se o outorgante mesmo estava de boa fé, no tocante à existência do título do terceiro, não se lhe pode aplicar outra regra jurídica que a do art. 514 do Código Civil; de modo que o não-uso pelo outorgado seria por culpa dêsse, e não do outorgante, e *ex hypothesi* não foi o outorgado condenado a prestar indenização ao evictor.

10.TOTAL OU PARCIAL. O Códig,o Civil tratou das deteriorações do bem evicto; não, porém, da perda total ou parcial. Bem assim, o Código Comercial. Os princípios são os mesmos. Se a perda total resultou de culpa do outorgado de boa fé e foi Ole condenado a indenizar ao evictor, ao preço só se lhe deduz o valor restituível do bem perdido se houve dolo. Se o outorgado está de má fé, ou princípios, perante o terceiro, são os do art. 515 do Código Civil, mas a dedução, perante o outorgante, só se rege pelo art. 1.110.

Tratando-se da parte *pra divisa,* cuja evicção não tenha a conseqUência de diminuir o valor do todo, não se há de procurar outra proporção que a da parte com o todo (L. 64, § 8, D., *de evictionibus et duplae stipulatione,* 21, 2).

Cf. ULPIANO, L. 1 e L. 18, e PAULO, L. 18, 15 e 45. Pode dar-se que a necessidade da parte *pra divisa* determine a diminuição do valor do todo, se evicta a parte *pra divisa;* mas isso é raro.

§ 4.227. Benfeitorias e evicção

1.BENFEITORIAS NECESSÁRIAS E ÚTEIS. As benfeitorias sao o que faz bem, por ser necessário, ou útil, ou de maior deleite ou recreio, ao imóvel ou ao móvel. Em princípio, não são acessório (pOsto que a

meia ciência o diga e repita)~ porque são partes integrantes. Só se pode falar de pertinencialidade, de *accessorium,* onde há pluralidade de bens, e as benfeitorias, partes integrantes, se fizeram no bem.

São necessárias se prejudicaria ao bem o deixar de fazê-las. São úteis, se, não sendo necessárias, aumentam o valor ou a usabilidade do bem.

O que se obteve para que o bem não ficasse sujeito a direito real ou parcial de outrem, ou a Onus, foi t ido, pelos juristas romanos, não como benfeitorias de direito ou jurídicas, mas como despesas (PAPINL&NO, L. 1, pr., 13., *quibus modis pignus vel h~potheca solvitur,* 20, 6; JULIANO, L. 28, D., *de pignera~. ticia actione vel contr%* 18, 7; L. 55, D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur,* 24, 8). *Despesas* não são benfeitorias.

As benfeitorias compreendem o que se fêz para maior ou melhor produtividade, ou para a menos dispendiosa produção, ou para maior valor *(e. g.,* a compra de dois metros de frente, A! porque a metragem que tinha o terreno não permitia, pela legislação municipal, construção).

Os arts. 1.112 e 1.118 do Código Civil só se referem às relações entre o evicto e o responsável pela evicção, e não às relações entre o evicto e o terceiro. Daí ser impertinente qualquer indagação da boa fé ou da má fé, por parte do responsável pela evicção.

Lê-se no Código Civil, art. 1.112: "As benfeitorias necessárias ou úteis, não abonadas ao que sofreu a evicção, serão pagAs pelo alienante".

No art. 216 do Código Comercial está dito: "O comprador que tiver feito benfeitorias na coisa vendida, que aumentem o seu valor ao tempo da evicção, se esta se vencer, tem direito a reter a posse da mesma coisa até ser pago do valor das benfeitorias, por quem pertencer *(sie)* ". Aí, alude-se à indenização e ao direito de retenção, que tem base em principio geral, explícito no art. 516 do Código Civil, como, aliás, no direito anterior (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 86, § 5; Livro IV, Título 48, § 7). Cf. principalmente, Tomos X, §§ 1.061, 2, 1.118, 4, 1.157, 9; XIII, § 1.492, 5; XIV, § 1.579, 4; XXII, §§ 2.680, 7, 8, 2.781, 2, 2.784-2.789.

Oevicto, que teve indenizadas, pelo terceiro, as benfeitorias, nenhuma pretensão tem, a êsse respeito, contra o alienante. Se não foram abonadas, sim. Há benfeitorias que o terceiro não tem de indenizar, porque, ao fazê-las, estava de má fé o evicto, as úteis e as voluptuárias (Código Civil, ad. 517); no entanto, por elas é obrigado o alienante, se

há pretensão à responsabilidade pela evicção (ao tempo do contrato o adquirente ignorava a evencibilidade).

2.BENFEITORIAS INDENIZADAS QUE O ALIENANTE FÊZ. Diz o Código Civil, art. 1.118: “Se as benfeitorias abonadas ao que sofreu a evicção tiverem sido feitas pelo alienante, o valor delas será levado em conta na restituição devida”. Se as benfeitorias foram feitas pelo alienante antes de prestar, são partes integrantes do bem. SObre elas nenhum direito tem o alienante. O alienante somente pode ter direito à indenização se as benfeitorias foram indenizadas e o preço não havia sido pago. Se o preço vai ser restituído pelo alienante e o **a-.**

evicto recebeu o que correspondia a benfeitorias existentes, porém feitas, antes da prestação, pelo alienante, então sim ao preço restituível ao evicto tem de ser descontado o que êsse já recebeu pelas benfeitorias feitas pelo alienante.

8.BENFEITORIAS FEITAS PELO OUTORGADO. O art. 1.112 do Código Civil (idem, o art. 216 do Código Comercial) tem de ser interpretado como regra jurídica concernente às relações entre o evicto e o outorgante, pois nada tem com as regras jurídicas dos arts. 516, 517 e 519 do Código Civil. Mesmo nos pontos em que há coincidência de solução, tem-se de evitar transportar-se para o instituto da responsabilidade pela evicção o que só se refere à responsabilidade de possuidores e de tenedores.

Não há qualquer indagação no tocante à boa fé ou à má fé em que estaria o outorgado, porque tal matéria, se pertinente fOsse, se referiria a existir ou não existir pretensão à responsabilidade por vício de direito.

Também há o problema das regras jurídicas especiais a certos contratos. É o caso, por exemplo, do ad. 1.199 do Código Civil, referente ao contrato de locação. O evicto tem direito de retenção, contra o alienante, pelas benfeitorias necessárias e úteis, mesmo se o contrato é de locação. No art. 1.199, o locatário não tem direito de retenção se as benfeitorias úteis e necessárias foram feitas sem consentimento do locador. Porém aí nada se estatui que possa atingir a regra jurídica do art. 1.112, *ler speoialis* sObre a responsabilidade em caso de evicção.

O locatário, se fêz as benfeitorias necessárias ou úteis, sem consentimento do locador, fê-las para delas se utilizar durante o tempo da locação, sem qualquer propósito de vir a cobrá-las ao

locador. *Mas ocorreu a eviccão.* A responsabilidade do locador de modo nenhum se pode reger pelo art. 1.199 do Código Civil. Rege-se pelo art.

1.112. Diferente, REGINA GONDIM *(Da Evicção,* 100 s.). O que importa firmar-se é que a evicção não diz respeito à relação jurídica entre o outorgado e o outorgante, mas ao ato da *prestação.* Para haver do locador a indenização das benfeitorias necessárias e úteis, o locatário teria de obter consentimento do locador. Tal indenização seria no momento da entrega do bem locado, não tendo o locador de responder pela evicção.

Locatário que faz obras no prédio <por exemplo), sem se munir do consentimento do locador, conta com o uso do prédio como elemento que cobre o aluguer e os gastos que a seu líbito fêz. A perda dêsse uso por evicção não estava prevista e pelas benfeitorias, necessárias e úteis, mesmo se não houve consentimento do locador, responde êsse, por fOrça do art. 1.112 do Código Civil.

Quanto às benfeitorias voluptuárias, o outorgado pode levantá-las, se não se desvaloriza o bem. Êsse direito lhe vem da interpretação do art. 1.112 do Código Civil, e não de invocação do art. 516. Se não as pode levantar, são indenizáveis.

§ 4.228. óbices ao nascimento da pretensão à responsabilidade pela evicção 1. PRECISõES. Há três momentos que são relevantes para se apreciarem (A) os pressupostos positivos e negativos do nascimento da pretensão à responsabilidade pela evicção, <B) os pressupostos positivos e negativos da continuação da pretensão nascida e (C) os pressupostos positivos e negativos do nascimento da ação de evicção.

O que se estabelece no art. 1.117, II, do Código Civil diz respeito a (A). O art. 1.117, 1, à (B) e, pois, a (C), porque, extinta a pretensão, não se há de pensar em nascimento de ação.

Os pressupostos de que antes falamos (§ 4.220) são pressupostos positivos de (A).

2.CONHECIMENTO DO VICIO DE DIREITO PELO OUTORGADO.

“Não pode o adquirente demandar pela evicção: II. Se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa”. Deve-se ler o art.

1.117, II, do Código Civil como se lá estivesse escrito: “Não tem

direito e pretensão *à* responsabilidade pela evicção quem, ao concluir o contrato, sabia existir o vício jurídico ou estar em litígio". Não só se evence se o bem é alheio, ou litigioso. A referência a litígio põe claro que o saber estar em litígio o bem, quanto a vicio jurídico, se há de tratar como o saber que o vício jurídico existe. Na L. 27, C., *de evictionibus,* 8, 44, alude-se a estar ciente o outorgado de ser "alienum vel obligatum" o prédio. Pode-se pactar que, a despeito da ciência pelo outorgado, se responda pela evicção (cp. JOHÂNN JENS, *Stricturae ad Rornani Pandectas d Codicem,* 687).

§ 4.229. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PELA EVICÇÃO

A solução já estava nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 59, *§* 11: "E em todo caso, bonde o vendedor prometeo ao comprador a lhe compoer a cousa vendida, se lhe fosse veencida, será theudo a Iba compoer, ainda que o comprador ao tempo da compra fosse sabedor que era alhea, e nom do vendedor: e bem assi honde ambos, **a-.**

assi o comprador como o vendedor sabiam a cousa seer alhea, e nom do vendedor".

Se o outorgado não tem, devido à incidência do art. 1.117, II, do Código Civil, ação de evicção, tem a ação de não-adimplemente ou de adimplemento ruim.

8.Jôao E APOSTA. O que recebeu a coisa em paga do que ganhou em jOgo ou aposta, ou em outro negócio jurídico que caiba nos ads. 1.477, parágrafo único, 1.478 e 1.479 do Código Civil, não tem pretensão *à* responsabilidade pela evicção (L. 2, § 1, D., *qua.rum rerum actio non datwr,* 44, 5: "Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta se conveniar, exceptione summovebitur emptor"). Apenas, nem aí, nem no caso de álea, se trata de exceção, e sim de objeção: não nasceu a pretensão.

§ 4.229. Extinção da responsabilidade pela evicção

1. PRECISÕES. É de mister que se não confunda com a pré-exclusão da responsabilidade pela evicção, ou com a extinção da responsabilidade pela evicção, a *extinção da ai$o de evieção* ou *a prescrição da ação de evicção.*

Na primeira espécie, a responsabilidade pela evicção não se produz < = não nascem direito, pretensão, ação ou exceção de responsabilidade pela evicção). Na segunda, produziu-se a responsabilidade pela evicção (~ nasceram direito e pretensão à responsabilidade pela evicção) e cessou. Na terceira, nasceu a ação, e foi extinta ou prescreveu.

2.CAUSAS DE EXTINÇÃO. A pretensão à responsabilidade pela evicção extingue-se: a) se há renúncia pelo outorgado; b) pela resolução do contrato, com indenização ou sem ela; *e)* pela anulação.

8.FALSA CAUSA DE EXTINÇÃO. A cada passo encontra-se nos livros de doutrina a referência à ciência do vicio jurídico, pelo outorgado, antes ou ao tempo da conclusão do contato. Tal causa é de pré-exclusão, e não de exclusão ou extinção. Se, ao se concluir o contrato, o outorgado sabia que o bem não pertencia ao outorgante, ou que algum direito recaía sObre êle (enfiteuse, usufruto, uso, habitação, hipoteca, penhor, anticrese, caução >, ou sObre êle incidia alguma medida constritiva ou podia incidir ou que algum acOrdo de transmissão ou de constituição de direito poderia ser registado antes do seu, a responsabilidade pela evicção não nasce. Portanto, não nasce a pretensão, que lhe é correlativa. As pretensões do outorgado contra o outorgante são outras. Se o outorgado sabia que o crédito não existia, não tem a pretensão à responsabilidade pela evicção mesmo a respeito da hipoteca que lhe garantiria o crédito.

4. PRÉ-EXCLUSÃO E RENÚNCIA À PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR EVICÇÃO. À pretensão fundada na responsabilidade pela evicção pode renunciar o outorgado, tácita ou expressamente. O fato de constar do registo, *e. g.,* do registo de imóveis, o direito que depois persiste, não basta a que a ciência pelo outorgado pré-exclua o nascimento da pretensão à responsabilidade pela evicção, ou a que se tenha como renúncia à pretensão. O art. 1.117, II, do Código Civil somente impede que nasça a pretensão à responsabilidade pela evicção se, ao se concluir o contrato, o outorgado sabia que o vício de direito existia e não é de entender-se, pelos têrmos do contrato, que o outorgante, antes de prestar, teria de limpar j uridicamente o objeto.

É preciso que tenha existido conhecimento do direito oponível; não basta o não-conhecimento por negligência (O. WARNEYER, *Kommentar,* 1, 758).

A expressão “Ônus ”, em “livre de qualquer Ônus ”, compreende

direitos reais limitados, servidões e quaisquer outros direitos oponíveis.

A renúncia à pretensão à responsabilidade pela evicção é menos freqUente que a pré-exclusão, mas muitos juristas soem confundi-las. Só se renuncia ao que já se tem. Se a pretensão já nasceu, sim, pode-se pensar em renúncia. É o que ocorre, por exemplo, se o outorgado, vindo a saber que o bem devia impostos atrasados, os solve sem protesto, em atitude que faça supor-se renúncia.

Lê-se no ad. 1.117 do Código Civil: "Não pode o adquirente demandar pela evicção: 1. Se foi privado da coisa, não pelos meios judiciais, mas por caso fortuito, fOrça maior, roubo ou furto. II. Se sabia que a coisa era alheia, ou litigiosa". No art. 1.117, II, pode haver *pré-exclusão* ou *renúncia.* Depende do momento em que houve a ciência; mas a lei em verdade cogitou da pré-exclusão, que alguns juristas encambulham com a renúncia.

5.MOMENTO DA RENÚNCIA. Se há a pretensão do outorgado à responsabilidade pela evicção e êle recebe a prestação, conhecendo o vício de direito, sem protesto, renuncia à pretensão. Se vem a conhecer, tem de exercer a **a-.**

pretensão, propondo a ação de responsabilidade pela evicção, ou protestar, ou, por outro meio evitando a renúncia, aguardar o exercício do direito por parte do titular do direito oponível.

Não se pode pensar em renúncia se ainda não houve a revelação da existência do vício de direito, porque tal revelação ~ que dá ensejo à ciência pelo outorgado.

Se se iniciou o processo que pode levar à evicção, tem o outorgado de *choyinar à autoria* o outorgante (Código de Processo Civil, arts. 95-98 e 101). Se não o chamou, renunciou.

6. IMPRESCRITIBILIDÀnE. A pretensão à responsabilidade pela evicção não prescreve. Somente desaparece pela desconstituição do negócio jurídico, ou pela renúncia. O não-chamamento à autoria é renúncia.

7.RECONHECIMENTO DO OUTRO DIREITO, PRETENSÃO, AÇÃO ou EXCEÇÃO PELO OUTORGADo.

De regra, se foi o outorgado que reconheceu o direito, a pretensão, a ação ou a exceção contra o objeto da prestação, perde a pretensão à responsabilidade pela evicção. Se o outorgado se certifica de que é certo e líquido o direito, a pretensão, a ação ou a exceção contra o objeto da prestação, não fica diante do dilema: defender-se, ou renunciar à pretensão *à* responsabilidade pela evicção. A técnica legislativa tem aí o problema delicado. O

Código Civil italiano, art. 1.485, alínea 23, deu-lhe a seguinte solução:

"II compratore che ha spontaneamente riconosciuto il diritto deI terzo perde II diritto alIa garanzia, se non prova che non esistevano ragioni sufficienti per impedire l"evizione". Ésse deixar ao exame do outorgado a incontestabilidade do direito do terceiro tem inconvenientes sérios. Protrai-se até à apreciação judicial na ação de evicção, ou em ação declaratória, a proposição sObre ter sido com razão, ou sem razão, a atitude do outorgado, ao declarar, negocialmente, o direito, a pretensão, a ação ou a exceção que poderia apresentar contra o objeto da prestação. Se já foi iniciado o juízo a respeito de matéria em que se possa revelar o vício de direito, ou pelo titular contrário, ou pelo outorgado, e êsse não chamou à autoria o outorgante, qualquer ato de reconhecimento seria renúncia à pretensão à responsabilidade pela evicção. Se o juízo não foi iniciado, o que o outorgado há de fazer é: ou a) promover ação, inclusive a declaratória negativa, e chamar à autoria o outorgante, e a declaração, que faça, de nenhum modo pode influir na decisão do juiz, porque o outorgante assumiu a posição de sujeito da relação jurídica processual, ou êle mesmo *confessou;* ou b) iniciar ação declaratória ou por inadimplemento não satisfatório contra o outorgante. Qualquer dessas soluções se encaixa no direito brasileiro, que a solução do Código Civil italiano perturbaria.

O negócio jurídico unilateral de reconhecimento, por parte do outorgado, significa renúncia *à* pretensão à responsabilidade pela evicção.

O reconhecimento em juízo ou é confissão, ou elemento de transação. Ali, pode persistir a pretensão à responsabilidade pela evicção, se e porque o outorgado chamou *à* autoria o outorgante. Aqui, não: aqui, para que não cessasse a responsabilidade pela evicção, seria de mister que o outorgante fOsse parte na transação, ou, pelo menos, assentisse, permanecendo responsável pela evicção, ou que assentisse na transação, sem ser parte nela, e prosseguisse contra o terceiro, por ter admitido a reserva da sua responsabilidade. Na última espécie, o que o terceiro presta ao outorgado se abate ao que o outorgante acaso tenha

de indenizar pela evicção.

O reconhecimento pelo outorgante é apenas *confissão.* Não basta a determinar a evicção do outorgado. O

reconhecimento pelo outorgado e pelo outorgante é confissão dos dois, ou reconhecimento pelo outorgado mais assentimento do outorgante, com ou sem reserva da responsabilidade pela evicção. *Na dúvida,* é de entender-se que não houve *reserva.* No caso de transação pelos dois, supõe -se, *na dúvida,* que houve reserva.

Pelo que se produziu após a conclusão do contrato cumprido e deu ensejo à evicção não é responsável o outorgante. PAULO disse-o, claramente, na L. 11, pr., D., *de evictionibus et dupiae stiputatione,* 21, 2: não tocam ao vendedor as causas futuras de evicção, após o contrato de compra-e-venda (futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere). Se estava correndo prazo de usucapião e só se completou após a conclusão do contrato, não responde pela evicção o outorgante <PAULO, L. 56, § 8). Dá-se o mesmo se o outorgado deixa que se complete o prazo preclusivo. Na L. 56, § 1, PAULO frisou que o desviar-se da jurisdição estatal para a jurisdição de árbitros implica irresponsabilização do outorgante: “Si compromisero et contra me data fuerit sententia, nuíla mihi actio de evictione danda est adversus venditorem: nuíla enim necessitate cogente id teci”.

8.PERDA DA PRETENSÃO À RESPONSABILIDADE PELA EvIOÇÃO POR DEFESA OMISSA OU

DEFEITUOSA. Se há a litisdenunciação, mas o litisdenunciante que ficou só no processo, pelo não-comparecimento do litisdenunciado, falha ou faz mal a defesa, perde a pretensão à responsabilidade pela evicção.

Sem a denúncia da lide, não há responsabilidade pela evicção, salvo se o próprio outorgante comparece (L. 58, **a-.**

§ 1, e L. 68, pr., *O., de evictionibus et duptae stipulatione,* 21, 2; cf. L. *7,* C., *de evictionibus,* 8, 44). A porta aberta para a prova de que não havia dúvida quanto à evencibilidade e a superfluidade de defesa, ou, sequer, de lide, não há no direito brasileiro.

Perde a pretensão à responsabilidade pela evicção o outorgado que

não alega usucapião (O. STOLPI, *L"Ápparenza dei diritto,* 88, nota 8; GINO GORLA, *La Compravendita e ia Permuta,* 95; R. LUZZATTO, *La Compravendita,* 218).

Idem, o outorgado que não alega a nulidade do negócio jurídico de que proviria o direito, a pretensão, a ação ou a exceção do terceiro, ainda que, com isso, exclua êsse terceiro e não outro ou outros. A falta de alegação da nulidade processual não é causa bastante para a perda da pretensão à responsabilidade pela evicção (GINO

GORLA, *La Compravendita e la Permuta,* 95).

O que acima se disse só se refere à *nulidade;* não, à *anulabilidade,* ou a qualquer causa de desconstituição que não possa <aí, tenha de ser) alegada pelo outorgado, como interessado que é.

§ 4.280. Pretensão e ação de evicção

1. DoIs cONCEITOS. A pretensão à responsabilidade pela evicção existe antes de se dar a evicção; a pretensão à indenização e mais conseqUências somente começa com a evicção. Quando se fala de ação de evicção *(e. g.,* Código de Processo Civil, ad. 101), entende-se a ação para se obter o que se menciona nos ads. 1.109-1.115 do Código Civil.

Lê-se no Código Civil, ad. 1.116: "Para poder exercitar o direito, que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante, quando e como lho determinarem as leis do processo". Aí, não se falou de chamamento, de modo que seria possível a litisdenunciação sem a chamada, sem a *invitatio.* Foi o Código de Processo Civil que introduziu a *invitatio,* mas conservou a referência "a coisa ou direito real" que não mais se coaduna com a teoria da evicção.

"Os co-herdeiros", diz o ad. 1.802 do Código Civil, "são reciprocamente obrigados a indenizar-se no caso de evicção dos bens aquinhoados". Acrescenta o ad. 1.803: "Cessa essa obrigação mútua, havendo convenção em contrário, e bem assim dando-se a evicção por culpa do evicto, ou por fato posterior *à* partilha".

Lê-se no ad. 1.804 do Código Civil: "O evicto será indenizado pelos co-herdeiros na proporção de suas quotas hereditárias; mas, se algum dêles se achar insolvente, responderão os demais na mesma proporção, pela parte dêsse, menos a quota que corresponderia ao indenizado".

"Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por

êle transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos" (Código Civil, art.

1.082). Acrescenta o parágrafo único do art. 1.082: "Se um dos transigentes adquirir, depois da transação, nOvo direito sObre a coisa renunciada ou transferida, a transação feita não o inibirá de exercê-lo".

2. AçÃo DE EVICÇÃO. Os legisladores brasileiros, ao tempo da pluralidade do processo, dividiram-se quanto à possibilidade da cumulação subjetiva e de processos, que terminaria pela condenação do responsável pela evicção, na mesma sentença, a restituir a coisa demandada e a cumprir as obrigações resultantes da evicção.

Enquanto o Código de Processo Civil de Minas Gerais, art. 228, e o do Distrito Federal, art. 150, mandavam que a evicção se pedisse por ação própria, o do Ceará e o do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente, arts. 158 e 1.200, obrigavam o juiz à cumulação dos processos. Entendiam aquêles que essa solução tumultuaria o desenvolvimento processual e estabeleceria o caso anômalo do réu de uma causa ser o autor da outra e ambos julgados pela mesma sentença. Seria de perguntar-se se também era anomalia o julgamento da ação e da reconvenção pela mesma sentença. Seja como fOr, o Código de Processo Civil, que tanta liberdade deu aos juizes noutros assuntos e tão pródigo foi em cumulações subjetivas e objetivas, aqui cortou cerce qualquer possibilidade de cumulação, ainda quando fOsse, *in casu,* o caminho aconselhável (cf. Código de Processo Civil, art. 101).

A evicção concerne a quaisquer contratos onerosos, pelos quais se transfere o direito, posse ou uso (Código Civil, art. 1.107). Bastaria isso para se perceber que não só em ações sObre o domínio da coisa se pode chamar à autoria.

No entanto, estão a repetir, sem meditação, que não há chamamento à autoria em ações possessórias, nem em ações em que se vai tomar ao locatário, ou a alguém que recebera a coisa, o uso (certa, a 1.a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de março de 1953, *1?. dos T.,* 212, 217). Imperdoável limitação, contra a letra da lei.

Base para se ter o valor dos prejuízos não é o valor da coisa ao tempo da evicção como impensadamente decidiram o 29 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de novembro de 1952, e

a □

4 a

Câmara Civil, a 17 de abril de 1952 *(R. dos T.,* 207, 132, e 202, 247) ; mas sim o que está claramente estabelecido no art. 1.109 do Código Civil.

a-.

is

O valor é o do tempo do adimplemento. Se se trata do preço, com os juros desde o desembOlso.

O juiz que conheceu e julgou a evicção não é, só por isso, competente, por conexão, para conhecer e julgar a ação de responsabilidade pela evicção (GABRIEL PEREIRA DE CASTRa, *Tractatus de Manu Regia,* II, 165: "... cum videam nulíam connexitatem versari in causa, quae de novo emergit ad interesse, vel aestimationem rei contra venditorem, ut tamquam in connexis iudex competens fiat ille, qui de causa principali cognovit, cum illud solum posset habere locum, quando scilicet nominatus defensor esset fidejussor iudicii, non vero contractus, quia tunc est illius fori, ac si esset illius domicilii et recte in eo iudicio conveniendus esset"; MANUEL GONÇALVES

DA SILVA, *Cominentaria ad Ordinationes,* 1, 871; sem razão, PEDRO BARBOSA, *Commentaria ad Interpretationem Tituli de ludiejis,* 442, cuja opinião foi posta de lado).

A ação por vícios do objeto não desaparece pelo fato de o evicto poder exercer a ação de evicção.

3. "ExcEpTio DENUNCIATIONIS NON FACTAE". Se o outorgado vai contra o outorgante sem ter feito a denúncia da lide como lhe cumpria, tem o outorgante, que ficou eximido da responsabilidade pela evicção, a *obieçao* contra o pedido, e não a simples *exceptio denunciationis non factae,* a que se referia a L. 8, Codex Theod., *de denunciatione vel editioni rescript,i,* 1, 4, que J. GOTROPREDUS glosou.

4. RENÚNCIA. À pretensão à evicção de que tratam os arts. 1.109-1.115 do Código Civil (Código de Processo Civil. art. 101) também se renuncia. Tal renúncia somente pode ocorrer após a evicção. Se, iniciada a lide, o outorgado não chama à autoria o outorgante, renuncia à pretensão à responsabilidade pela evicção, e

não à pretensão e à ação de evicção. Essas ainda não nasceram.

5.PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO FUNDADA EM RESPONSABILIDADE PELA EVICÇÃO. O prazo prescripcionat para a pretensão à indenização fundada em responsabilidade pela evicção inicia-se com o trânsito em julgado da sentença que nega o direito, a pretensão, a ação ou a exceção do outorgado, e não daquele em que se executou a decisão de eficácia

declaratória, ou se exerceu a preceitação de que cogita o art. 290 do Código de Processo Civil, O prazo prescripcional é o ordinário das aç~es pessoais (Código Civil, arts. 177 e 179), sem que, com isso, se haja de assimilar à ação de evieção a ação do credor por inadimplemento (cp. ERNST NASSE, *Die Bedeutung der Eviktion dizer verkauften und libergebeneiz beweglichen Sache,* 41 s.).

6.PERECIMENTO DO OBJETO DA PRESTAÇÃO. Lê-se no Código Civil, art. 1.117: "Não pode o adquirente demandar pela evicção: 1. Se foi privado da coisa, não pelos meios judiciais, mas por caso fortuito, fôrça maior, roubo, ou furto.

II.Se sabia que a coisa era alheia, ou litigiosa", O que aqui nos interessa é o art. 1.117, 1. Não há, nas espécies referidas, vicio jurídico. Seria tautológico dizer-se que não cabe responsabilidade pela evicção, mas a lei supóe que haja vício jurídico e sobrevenha perecimento, roubo ou furto. Sem isso, não seria preciso redigir-se o inciso 1

do art. 1.117. O perecimento por caso fortuito, fôrça maior ou fato do outorgado pode ocorrer antes ou depois da declaração do não-direito, da não-pretensão, da não-ação, ou da não-exceção do outorgado. Todavia, o fato do outorgado tem de ser considerado à parte.

<a) Se o perecimento foi *antes* da declaração negativa, e por caso fortuito ou fôrça maior, a responsabilidade pela evicção cessa. Supôe-se o adimplemento, porque, ainda se não bouve adimplemento, ou se o adimplemento *seria* não satisfatório, com mora do devedor *(e.* g., interpelado, não providenciara para o cancelamento do direito real limitado), o art. 957 do Código Civil incide.

(b)Se o perecimento foi *antes* da declaração negativa e por fato do outorgado, somente cessa a responsabilidade pela garantia, se não mais há ação do terceiro contra o outorgado. O outorgado responde ao terceiro pelo seu fato e o outorgante ao outorgado pela evicção que se

daria. A solução do sistema jurídico brasileiro não se ajusta à de outros sistemas jurídicos, devido à explicitude do art. 1.107 do Código Civil, *verbis* “resguardar o adquirente dos riscos”.

(c)Se a declaração negativa foi feita, mas ainda não se retirou ao outorgado a posse, e a fôrça maior ou o caso fortuito torna o outorgado irresponsável pelo ressarcimento,cessa a responsabilidade do outorgante pela garantia.

Se, segundo os princípios, *e.* g., o art. 957 do Código Civil, o outorgado é responsável perante o terceiro, o outorgante continua responsável pela evicção.

§ 4.231. Litisdenunciação

1.CONCEITO. Litisdenunciação, *titis denuntiatio, é* coinunicação de conhecimento, comunicação formal, feita **a-.**

por uma das partes a terceiro, de que há lide pendente. Arraigou-se na terminologia a expressão

“litisdernmciado”, ou “denunciado da lide”; em vez de receptor da denúncia, ou destinatário da denúncia. Não se atendeu a que o que se denuncia é .a lide. Quem faz a denúncia diz-se *denunciante* ou *litisd,enunculnte.*

Com a litisdenunciação, não se dá ensejo apenas à assunção do litígio. Também pode ocorrer a intervenção adesiva, o litisconsórcio ou a assistência.

Não é preciso, em alguns sistemas jurídicos, que se coutenha na litisdenunciação a *invitctçâo* a intervir. Nem os efeitos de direito material ficam dependentes da atividade do receptor da denúncia. Os efeitos processuais são diferentes, conforme a comparência, a não-comparência, ou a assunçao, porém essa diferença resulta da diferença mesma de atitude do litisdenunciado. Todavia, essa não é a concepção do direito brasileiro: quando se denuncia, denuncia-se e nomeia-se à autoria, ou chama-se à autoria.

(A denúncia da lide tanto ocorre no chamamento à autoria quanto na nomeação à autoria. É elemento comum, o que torna menos difícil ajustar-se à doutrina da responsabilidade da evicção a doutrina dos arts. 95-100 do Código de Processo Civil em que o legislador não

atendeu suficientemente a que o campo de invocabilidade da responsabilidade pela evicção *excede* o dos conceitos de "coisa ou direito real", segundo o art. 95. Aliás, êle mesmo pôs o art. 101 após as regras jurídicas sôbre chamamnento à autoria e nomeação à autoria.) Se o terceiro alega ação ou exceção contra o cessionário, tem êsse de chamar à autoria o cedente, e a solução contrária (MANUEL DE ALMEIDA E SousA, *Coleção de Dissertações e Tratados vários em Suplemento às Segundas Linhas,* 34) era falsa.

Se o outorgante e o outorgado foram citados na demanda do terceiro, de cuja sentença pode resultar evicção, a litisdenunciação é supérflua. Havia divergência no direito luso-brasileiro, mas somente para o caso de não comparecer o outorgante citado pelo terceiro (MANUEL ÁLVARES SOLANO no VALE, *Cogitationes luridicue atque Forenses,* e. 45). A opinifto assente era no sentido de se dispensar a litisdenunciação.

2.CHAMAMENTO À AUTORIA E LITISDENUNCIAÇÀO. Se o propósito da 1itisdenunciaçao é a responsabilidade pela evicção, mas se trata de posse imprópria, por ser locatário, por exemplo, o ameaçado de evicçào, surge a questão de se saber se havemos de interpretar o art. 95 do Código de Processo Civil analôgicamente ***(zz*** lendo, em vez de "coisa ou direito real", "coisa, direito real ou outro direito a respeito do qual haja responsabilidade do outorgante pela evicçào"), ou se, para os casos de direitos pessoais, temos de adstringir-nos ao art. 99. A diferença tem relevância a respeito do prazo para a litis denunciação ("na instauração do juízo", diz-se no art. 95, § 1.0), se denunciante é o autor, e nos *três* dias seguintes à propositura da açào, conforme o ad. 95, § 2.~ *mas,* nas espécies do art. 99, cinco dias seguintes à propositura da ação. A melhor solução é a primeira, embora ugo seja a mais favorável ao réu. Aliás, o problema somente aparece em se tratando de ação contra quem denuncia, porque, se o autor tem de denunciar, segundo o art. 95, ou nos casos de direitos pessoais, é de exigir-se a observância do art. 95, § 1.0. Aqui, a analogia impõe-se. Por onde se vê que o legislador processual não se pôs à altura da teoria da posse e da teoria da evicção assentes no direito material.

Na técnica legislativa do Código de Processo Civil, a litisdenunciação foi como que *qualificada,* urna vez que se alude, nos arts. 95-98 e nos arts. 99 e 100, à atitude que há de ter ou possa ter o litisdenunciado. Nos arts. 95-98

chama-se à autona. A referência ao que há de fazer o litisdenunciado não é sem inconvenientes, um dos quais já apontamos. Somente os afastamos se, a despeito do nome e da diferença de procedimento nos arts. 95-9S e nos arts. 99 e 100, atendemos a que há elemento comum que é a 1itisdenunciação e permitimos que o chamado à autoria se comporte, *se é o caso,* como se

nomeado à autoria tivesse sido, e o nomeado à autoria reaja, *se* é *O caso,* como se tivesse sido chamado à autoria.

Se o chamado à autoria comparece, dá-se *sucesso* na relação jurídica processual, conforme o art. 97 do Código de Processo Civil. Os atos processuais do citado são válidos e eficazes, se praticados até o momento imediatamente anterior àquele em que o litisdenunciado *entra* no processo, porque só no momento da comparência é que se dá a substituição.

Até a substituição o litisdenunciante não pode ser testemanha; depois, sim.

Quando se denuncia, pratica-se ato processual para o qual é de mister *interésse* do denunciante. Sem isso, não pode ter eficácia o ato processual da denúncia. Dai ter-se somado ao ata processual a sua eficácia; *e.* □q., conservaçâo da pretensão à responsabilidade pela evicção, falando-se, então, de chamamento à autoria.

8. PRECISÕES. Se admitimos que a existência de direitos reais limitados e de direitos pessoais que dêem direito **a-.**

à posse sejam causa suficiente de responsabilidade pela evicção, au teríamos de entender que foi de propósito que o legislador processual pôs a regra jurídica sôbre a ação de evicção, não depois dos arts. 95-98, mas sim após os arts. 95-100, portanto, compreendendo o chamamento à autoria e a nomeação à autoria, ou que o art. 95 é exemplificativo. Se, por um lado, o legislador não soube redigir o art. 99, por ser imprópria a expressflo “em nome de outrem”, que rescende à velha teoria romana e romanística da posse, de que em verdade só o direito brasileiro, fora dos povos germânicos, se livrou, por outro lado ve-se bem que êle fêz a responsabilidade pela evicção depender assim dos casos do chamamento como dos casos da nomeação. Mas a falha está em que *chamar* é mais do que *nomear,* O que tem de chamar perde a pretensão à responsabilidade pela evicção se não chama à autoria o outorgante. Se apenas se trata de direito pessoal sôbre a coisa, cuja propriedade se transferiu, ou sôbre o bem incorpóreo, cuja

titularidade de direito se transferiu, o caso também é de chamamento à atutoria, com as conseqüências que tem a falta de chamamento à autoria, pois que em causa está a *transferência* do direito real ou pessoal. Mas o êrro de nome é escusado (Código de Processo Civil, art. 276).

Se o que se pede contra o outorgado é o respeito de direito real ou pessoal que recaia no bem prestado, seja corpóreo seja incorpóreo, e o demandado o houve do outorgante, tem o demandado de chamar à autoria, e não de nomear à autoria. Tal como se E transferiu a D e a E a hipoteca sôbre o bem de A e E alega que o registo a favor de 13 é ineficaz.

As alusões a posse em nome próprio e a posse em nome alheio provêm de épocas em que não havia a teoria da posse que hoje se tem no Código Civil.

Desde que a ação do terceiro não é *contra* o outorgado, mas sim somente *contra* o outorgante, e de modo nenhum o outorgado se tem de defender, o caso é de *nominatio auctoris,* e não de chamamento à autoria. Todavia, se o outorgado fica exposto à perda do seu direito por ser elemento do direito do outorgante (e. g., locatário que terá de deixar a casa se o reivindicante vencer, a *litis denunciatio* há de ser com a chamada, para os efeitos de persistir a pretensão à responsabilidade pela evicção.

4.ESPÉCIES NÃO REFERmAS DE LITISDENUNCIAÇAO. 1-lá litisdenunciação fora das espécies dos arts.

95-100 do Código de Processo Civil. Por exemplo: quando há obrigação alternativa subjetiva (ou o demandado ou terceiro) ; quando há dois seguradores, e é de discutir-se a qual dêles incumbe pagar o seguro; quando o demandado, em ação negatória, alega que fêz a turbação por estar a exercer direito de terceiro, que êle denuncia.

§ 4.232. Chamamento à autoria

1.CHAMAMENTO À AUTORIA OU “LITISDENUNCIATIO”.

O que demanda, ou o contra quem se demanda, pode chamar à autoria a pessoa de quem houve a coisa ou o direito, a fim de reguardar-se dos riscos da evicção (Código de Processo Civil, ad. 95). Se é o autor, há de fazer notificar-se o outorgante, na instauração do

juízo, para assumir a direção da causa e modificar a petição inicial (art. 95, § 1$). Se é o réu, há de requerer a citação do outorgante, nos três dias seguintes à pro positura da ação (art. 95, § 29). O denunciado pode chamar outrem à autoria e assim sucessivamente (art. 95, §

3$).

A demanda há de ser acêrca de coisa ou de direito real, ou pessoal, para que incida o art. 95. A respeito de coisa, domínio, enfiteuse, qualquer situação de direito real, ou não, atribuida ao réu, ou ao autor, posse, qualquer que seja a situação possessória do réu, ou do autor, suscetível de exercício processual, isto é, de ação. Não cabem distinções de posse imediata ou mediata, simples detenção ou servidão da posse, em nome próprio, ou de outrem, desde que não esteja em causa a falta de acionabilidade e a possibilidade da perda pelo réu ou por parte daquele que êle representa. O chamamento à autoria só enge a sucessão, no tempo. Estando a palavra *coisa* em sentido de objeto de relação de direito material, não cabe distinguir-se da posse a detenção, a servidão da posse ou outra figura de tença da coisa (R. POLLAK, *Sijst em,* 190).

Na ação divisória, não se pede a coisa nem a posse; a questão do domínio ou da posse pode vir à tona, na contestação (ad. 425), e então é possível chamar-se à autoria aquêle de quem a parte houve a coisa. Não há chamamento à autoria na divisão, e sim na questão sôbre a coisa ou direito reaL Assim se há de entender o acórdão da 2.~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 20 de maio de 1940

(R.EX, 84, 142), que aliás se abordoou ao falso argumento de ser possessória (!) a ação de divisão.

O chamamento à autoria pode dar-se nas ações possessorias, que são ações de natureza real (sem razão, a **g□a** Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de março de 1951, *R. dos 2*"., 192, 169, e *R.* E"., 141, 303).

Aliás, os julgados a respeito denunciam em nenhum ter havido qualquer estudo do assunto. Chamamento à **a-.**

autoria não há sómente em caso de temer-se evicção, embora nos arts. 98 e 101 se haja falado, especialmente, de evicção, que merecia as regras jurídicas que ali se inserem. Sempre que se demanda "acêrca de coisa" ou de

"direito real" e há possível ação de garantia, cabe o chamamento à autoria. *E.* g.: se o comprador é demandado por vício ou defeito da coisa, ou se o depositário, ou o comissário, ou o agente de transportes é demandado a respeito da coisa depositada, vendida pelo comissário, ou transportada.

§ 4.232. CHAMAMENTO À AUTORIA

Há evicção por se perder o direito pessoal, que proveio de prestação pelo outorgante. Portanto, também ai cabe o chamamento à autoria.

No sistema jurídico brasileiro, vindo a juízo o denunciado, recebe o processo no estado em que êsse se acha e a causa com êle prossegue, "sendo defeso ao autor litigar com o denunciante" (Código de Processo Civil, art. 97, alínea l□~)□ Não é de mister qualquer assentimento do terceiro, salvo no que toca a obrigações do próprio outorgado *(e.* g., entrega do bem, reembôlso pelos frutos).

Pode dar-se que o outorgante compareça para dizer que não podia ser chamado à autoria. O juiz tem de apreciar essa alegação, que se prende à sua decisão de citação, com a consequente suspensão do curso da lide. Da decisão desfavorável cabe agravo de instrumento (Código de Processo Civil, art. 842, 1). A eficácia do julgado é declarativa, porque ou se afirma que houve a *extromissão* do outorgado denunciante, ou que não houve.

No direito brasileiro, a falta do chamamento à autoria determina, automâticamente, a perda da pretensão à responsabilidade pela evicção. É ônus que tem o titular de tal pretensão. Não tem dever de defender-se e, pois, de defender o outorgante. O interêsse é seu: ou chama à autoria, ou cessa a responsabilidade pela evicção. Não se há de confundir o dever com o ônus .

No direito brasileiro, se o denunciado confessa, o denunciante pode prosseguir na causa. Se não prossegue, o denunciante responde pela evicção; idem, se o denunciante prossegue na causa, e perde.

2.CHAMAMENTO À AUTORIA NÃO É LITISCONSóRCIO.

O chamado à autoria não é litisconsorte, pôsto que se possa dar que nêle se componham as duas figuras. A opinião corrente que vê no chamamento à autoria provocação do litisconsórcio (então,

litisconsórcio necessário) é de repelir-se, e o Código de Processo Civil de modo nenhum permite a assimilação. O chamado à autoria é terceiro, terceiro que se insere na relação jurídica processual e com isso faz “defeso ao autor litigar com o denunciante” (Código de Processo Civil, art. 97). Resta saber-se se pode o juiz, de oficio, isto é, em virtude dos arts. 88, alínea 1.~

e alínea □

□

2 a, 1 a parte, e 91 ordenar a citação para integrar a contestação. Não se pode, *a. apriori,* negar ao juiz o dever de ordenar tal citação, mas, para que tal dever exista, é preciso que, *ifl casu,* se hajam verificado os pressupostos do litisconsórcio necessário, o que nem sempre se dá se teria de ser chamada à autoria a mesma pessoa. Têm-se de separar os pressupostos das suas legitimações, a do chamado à autoria e a do litisconsorte necessário, porque, se é certo que pode coincidir a satisfação de uns e de outros, não se trata de coincidência necessária.

(A respeito do art. 97 do Código de Processo Civil, cumpre lembrar-se que assim não era no direito anterior ao Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1850, ad. 116. Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 45, §§ 6 e 7, o terceiro podia litigar com o litigante ou com o chamado à autoria, segundo os pressupostos que então se apontavam. A substituição completa é posterior, sem que o terceiro o possa impedir.) 3.LITIsCONSoRCIAÇÀO DO OUTORGANTE. A intervenção adesiva, a litisconsorciação do outorgante, na ação proposta contra o outorgado, ou por êle proposta, ainda hoje é possível, a qualquer momento da causa. No direito grego, como antes dissemos, existia essa *aúroFtaxsiv,* como no direito clássico romano.

4.CHAMADO À AUTORIA OU LITISDENUNCIADO. Chamado à autoria, diz-se aquêle de quem o réu houve a coisa ou o direito real ou pessoal. É o litisdenunciado, que se atrai ao juízo, a fim de assistir ao que se está passando com o réu, ameaçado de perder a coisa (domínio ou posse), ou o direito real, ou pessoal, ou de ter de suportar a pretensão de outrem sôbre a coisa recebida. Para bem se ver a situação processual do litisdenunciado, ou chamado à autoria, recorramos a exemplo: A tem em seu poder relógio que B lhe deu em soluto (não para guardar e devolver-lhe quando pedisse, ou em determinado tempo). C cita a A em processo para haver o relogio , ou Cegando que devia estar em seu poder como dono, ou como credor pignoratício, ou como simples possuidor.

a-.

depositário, empregado do litisdenunciado, simples amigo guardador da coisa, etc. Na expressao “direito real” estão compreendidos os casos de direito real em que o litisdenunciante é sujeito ativo e os de direito real em que o litisdenunciante é proprietário mesmo da coisa gravada (pro prietário ou possuidor). O mesmo havemos de entender quanto aos direitos pessoais.

6. Riscos DA EVICÇÃO. Riscos da evicção são os riscos da perda da coisa ou do direito real, ou pessoal, em virtude da sentença. Na espécie, risco de perder a propriedade, ou a posse, ou a tença, ou o direito real, quando o juiz proferir a sentença em que o litisdenunciante é réu. Naturalmente, se fôr evicto o litisdenunciante, ficar-lhe-á o direito à evicção. De modo que a litisdenunciação constitui condição para que se ressalve o jeu direito a propor ação de evicção, que é direta (Código de Processo Civil, art. 101). Em todo caso, ainda depois de litisdenunciar, pode o réu perder o direito à propositura de tal ação, por haver decaído o seu direito material à evicção (Código de Processo Civil, art. 98), se, por exemplo, não tendo o litisdenunciado vindo a juízo dentro do prazo, o litisdenunciante não defendeu a causa até final. Outro caso é o de ter confessado o pedido, ou ter concordado com a confissão do litisdenunciado.

É verdadeiro o enunciado da **4**~a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 6 de agôsto de 1942 (1?.

dos 2"., 189, 672), de que a falta de chamamento à autoria, ainda em ação possessória, faz desaparecer o direito à evicção. Também o é o da mesma Câmara permitindo ao réu, que foi substituido, continuar como assistente, e recorrer (9 de outubro de 1941, *E. dos 2*"., 187, 576). A sentença na ação em que o terceiro foi chamado à autoria não pode apreciar, de modo nenhum, a responsabilidade dêle pela evicção **(3.a** Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de julho de 1941, E. E"., 88, 178). E a razão é simples: antes dessa sentença, há o direito do adquirente à responsabilidade do alienante pela evicção; a ação só lhe nasce exatamente com o trânsito em julgado da sentença no processo em que o chamado à autoria *perder;* é o fato de haver o réu, substituído pelo litisdenunciado, perdido a coisa, ou o direito, que causa a pretensão a perdas e danos pela evicção; e essa pretensão de direito material não foi submetida à apreciação do juiz em cujo processo se deu o chamamento.

7.LITISDENUNCIANTE RÉU. Sendo litisdenunciante réu, tem de

requerer a citação do litisdenunciado nos três dias seguintes ao da propositura da ação; portanto, nos três dias seguintes à sua própria citação (Código de Processo Civil, arts. 196 e 95, § 2.0). Pergunta-se: ~ Que acontecerá se o réu só o faz depois dos três dias? O juiz pode abreviar ou prorrogar o prazo mediante requerimento de uma das partes e assentimento das demais (Código de Processo Civil, art. 35). Os princípios sôbre fôrça maior são aplicáveis. Se o litisdenunciado é citado, e comparece, conformando-se com a citação, e com ela estando de acôrdo o autor, cabe invocar-se o Código de Processo Civil, art. 273, III. Por outro lado, é de aplicar-se também, sendo o caso, o art. 273, 1.

A □

2 a Câmara Cível do Tribunal de Apelação da Paraíba, a 16 de setembro de 1946 *(A. 3%,* 80, 446), julgou que, **a-.**

não tendo ~sido chamado à autoria o alienante, perde o direito contra esse o evicto. Tal interpretação do art. 1.116

do Código Civil é a verdadeira.

As Câmaras Civis ReUnidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 6 de agôsto de 1945 *(1?. dos 2*"., 157, 790), decidiram que, se a evicção é conseqUência de demanda anterior à aquisição, não há chamamento à autoria. Sim, se já houve sentença irrecorrível; não, se o adquirente, que sucede na ação, ou nela se apresenta, sem saber se a coisa era alheia ou litigiosa, notifica do litígio o alienante, que se fêz sucedido, ou o notifica de que não se lhe aplica o art. 1.117, II, do Código Civil, por ter ignorado o litígio.

8. LITISDENUNCIANTE AUTOR. Aqui, litisdenunciante é só o autor, e não o réu. O art. 95 do Código de Processo Civil fala daquele que demandar acêrca de coisa ou de direito real. Sôbre o objeto da demanda, vale, a respeito da litisdenunciação pelo autor, o que antes foi dito. Aproveitando o mesmo exempío, temos: A, que tinha em seu poder relógio que B lhe entregara, em soluto, a fim de lhe ser devolvido quando pedisse, ou em determinado tempo, é desapossado dêle por C, que se diz dono, credor pignoratício, ou simples possuIdor, ainda *alieno nomine,* do relógio. A propõe ação contra C, para haver o objeto que se acha em seu poder. Comparecendo a juízo, isto é, ao pedir a citação do réu, já deve A notificar a B do ocorrido, para que E assuma a direção da causa. Também aqui cabe chamar-se a atenção para o fato de não serem necessAriamente superponiveis, ou

simétricas, as duas relaçóes: a relação de direito das coisas, ou de direito das obrigaçôes, ou de direito possessório (senso largo), entre o autor e o réu, ou o direito real, assunto da demanda, e a relação entre o autor litisdenunciante e o litisdenunciado. A conduta do litisdenunciante e a do litisdenunciado têm de refletir as particularidades da relação existente entre êles. O que se disse sôbre o litisdenunciado e sôbre a relação entre êle e o litisdenunciante, bem como a respeito dos riscos da evicção, é aplicável, com as mudanças da situação processual (autor, em vez de réu>, à litisdenunciação feita pelo autor.

No direito anterior, a autoria era apenas o ato pelo qual o réu, sendo demandado, chamava a juízo aquêle de quem houve a coisa (Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 111). O Código de Processo Civil corrigiu a estreiteza da concepção do chamamento à autoria e admitiu que também o autor, demandante, litisdenunciasse.

Além disso, o chamamento à autoria somente era permitido àquele que possuísse em seu próprio nome e, como se sabe, no direito anterior, as posses imediatas (diretas) eram reputadas em nome alheio. Depois do Código Civil, com a completa remodelação do conteito de posse, seria bem difícil defender-se a limitação processual. Não se diga, porém, que o Código de Processo Civil, art. 95, a despeito da sua largueza, conseguiu, na forma, alcançar a generalidade fecunda da Ordenação Processual Civil austríaca (§ 21) e da Ordenação Processual Civil alemã (§

72>. ~,Por que a referência apenas a coisa e a direito real? zPor que restringir à coisa a prática do chamamento à autoria? Por outro lado, sob o duradouro influxo do direito anterior que reformava, o legislador brasileiro não viu que as palavras lhe traíam o apêgo ao regime antigo, a despeito dos seus propósitos rnovadores. Assim,

“alienante” (Código de Processo Civil, arts. 95, §§ 19 e 29, e 96, § 19) não pode estar em sentido restrito e técnico, e sim no de pessoa de quem o litiscontestante “houve” a coisa ou o direito, tal como está no art. 96, pr.

9. LITISDENUNCIANTE E LIDE. Quando o litisdenunciante é o autor, conhecedor, como é, das suas relações, ou da sua relação, com o litisdenunciando, de quem houve a coisa ou o direito, ao mesmo tempo em que pede a citação do réu há de pedir a notificação do litisdenunciando, para que êsse assuma, se quiser, a direção da causa e a modifique, se acha que a petição inicial não está completa, ou não

exprime exatamente a verdade, ou por qualquer outro motivo não lhe satisfaz. A porta que se lhe abre, no processo, é a de um oferecimento cabal de substituir integralmente o litisdenunciante. Porta que se lhe abre, porque não lhe é dado apresentar-se sem ser chamado. Seria apenas interveniente adesivo.

10.LITISDENUNCIAÇÀo PELO LITISDENUNCIADO. A procedência dos direitos avança no pretérito até a entrada da coisa no comércio (no sentido de coisas no comércio e extracomércio), ou até a sua reentrada, se algum dia saiu do comércio ou se estava apagada a lembrança do tempo em que nêle se achava. Por êsse motivo, o litisdenunciado pode ser, por sua vez, litisdenunciante, e chamar à autoria aquêle de quem houve a coisa. Não importa se êsse litisdenunciante substituiu o autor, ou se substituiu o réu. Como réu, ou como autor, que se inseriu no processo, substituindo, ou não, o litisdenunciante, o litisdenunciado cita aquêle de quem houve a coisa ou o direito, a fim de resguardar-se de riscos, procedendo, em tudo, como, a respeito dêle, procedeu, ou procederia, o seu Iitisdenunciante. Se fôr autor ou se fôr réu, tem de fazer citar o nôvo litisdenunciando, nos três dias contados da data em que foi citado em litisdenunciação.

lii.LíTIscoNsóRCbo ENTRE LITISDENUNCIANTE E LITISDENUNCIADO. Entre o primeiro **a-.**

litisdenunciante e o primeiro litisdenunciado ou entre êles e os outros litisdenunciados, é freqUente, quase certo, estabelecer-se relação de litisconsórcio, devendo então recorrer-se às regras jurídicas do Código de Processo Civil, arts. 88-94.

12.ASSENTIMENTO SUPÉRFLUO DA PARTE CONTRÁRIA AO CHAMAMENTO. O assentimento, ou a tolerância, ou a oposição, da parte contrária ao chamante (R. POLLAK, *System,* 190) é supérfluo ou inoperante.

13.NOTIFICAÇÀO AO LITISDENUNCIADO. Se o autor notificou o litisdenunciado, notificou-o ao instaurar-se o juízo.

Quando apresentou a petição e o juiz a despachou, vinculou-se a litisdenunciação. Daí ter de ser suspenso o curso da lide, se a citacão do réu foi feita, ou, se não o foi, somente caber fazer-se a citação do réu, suspendendo-se, desde êsse momento, a lide. Se foi o réu que

litisdenunciou, deve ter requerido a citação nos três dias seguintes ao em que fôra citado. Num e noutro caso, há data fixa, que é a do despacho do juiz na petição inicial do autor ou no requerimento do réu. O único ato que desde êsse momento se pode praticar é a citação: citação do réu e do litisdenunciando, se litisdenunciante é o autor; do litisdenunciando, se litisdenunciante é o réu. Tal lapso processual não se equipara, quer em importância, quer em extensão, aos lapsos processuais das suspensões da instância (Código de Processo Civil, arts. 197 e 198). Ainda assim, não vale qualquer ato que durante êle se pratique. Praticado, submete-se aos princípios gerais do Código de Processo Civil a respeito de nulidade e sanação. No caso de litisdenunciação pelo autor, somente se pode pensar em suspensão depois de feita a citação inicial do réu (Código de Processo Civil, art. 196).

14.CITAÇÁo DO LITISDENUNCIADO. A citação do litisdenunciado far-se-á, quando residente na mesma comarca, dentro de oito dias, contados do despacho na petição inicial do autor ou no requerimento do réu; quando residente em comarca diversa, ou em lugar incerto, dentro de trinta dias, contados da mesma data. No Reg. n. 737, art. 114, previa-se o caso de ser residente fora do Brasil, entendendo o legislador de outrora que a causa haveria de prosseguir, a despeito da expedição da precatória. Nos outros casos, cabia ao juiz marcar o prazo para as citações.

A solução, diante do silêncio do Código de Processo Civil, art. 96, é recorrer-se ao art. 33 da mesma lei, na qual se concede ao juiz aumentar os prazos da lei onde forem difíceis os transportes. Distância e dificuldade de transportes são emergências que se equivalem. Durante êsse prazo, há de ser suspenso o curso da lide, exceto para os atos que ficariam prejudicados com a expedição da precatória.

15.ACUDIMENTO À CITAÇÀO; CITAÇÂO INTEMPESTIVA E FALTA DE CITAÇÃO. Se a citação é feita dentro do prazo, o citado litisdenunciado sofre as conseqUências de acudir ou de não acudir ao chamamento; se a citação não se faz dentro dêle, prossegue a ação. Se o autor ou o réu não faz citar o litisdenunciando, depois de aquêle fazer citar o réu ou êsse depois de ter sido citado, e a despeito de ter despachado o requerimento, nem um nem outro fica imune à perda da ação regressiva contra o litisdenunciando, em caso de má fé. Não é verdade que a referência a despacho, no art. 96 do Código de Processo Civil, somente se refira ao réu. A persistência do direito passado é que causa perplexidades e ainda pensarem os intérpretes na antiga

estrutura do pedido de chamamento à autoria por parte do réu. O art. 95 é que nos dá a base para interpretação dos arts. 96-98.

16.RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DA LITISDENUNCIAÇÃO. Se o chamado reconhece a procedência do chamamento e comparece, com êle quer a lei que prossiga a causa, dando-se sucessão subjetiva no processo. E com o litisdenunciado que daí em diante prossegue a causa. O autor não pode, diz a lei processual, litigar com o litisdenunciante *(verbis* "sendo defeso ao autor litigar com o denunciante"). Tal solução, levada a rigor, aberra dos princípios. A *laudatio auctoris* pode suscitar a mudança subjetiva. Fazer necessária tal mudança, desatenderia, de muito, às realidades. A adquiriu de E o prédio x; C propõe ação de reivindicação. A litisdenuncia a B. E comparece e expõe o seu direito, de onde nasceu o direito de A. &Como vedar-se ao autor litigar com o litisdenunciante? ~Então, o comprador de um prédio, pelo simples fato de chamar à autoria aquêle de quem o houve, fica privado de se defender no mesmo processo?~ ~. Não se pensou em que êsse adquirente do prédio pode ter matéria nova a alegar, matéria concernente à prescrição, à sua boa fé, etc.? Na técnica científica, se o litisdenunciado reconhece a procedência das alegações do litisdenunciante, *pode,* se o litisdenunciante consente, assumir, no seu lugar, o processo, e então se perfaz a completa substituIção, de modo que a outra parte, o litisdenunciante, pode pedir e obter ser desligado da relação jurídica processual. Pode pedir e obter.

Ochamado à autoria recebe a causa. no estado em que se acha. Portanto, se já correu contra a parte, que o chamou, o prazo para recurso, não mais pode recorrer <**i.a** Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de maio **a-.**

de 1951, *R. dos 7h,* 192, 794).

No direito anterior (Reg. n. 737, art. 115), dava-se à outra parte (então só o autor) a escolha entre litigar com o réu principal, ou com o chamado à autoria. Para adaptarmos a regra do art. 97 do Código de Processo Civil à realidade da vida~ teremos de entender que se vedou ao autor litigar com o litisdenunciante quando êsse consentiu na completa substituição. Se êsse preferiu a colaboração, aliás o consórcio, dentro da amplitude do art. 88 do Código de Processo Civil, ou se deixou que o chamado à autoria tomasse a primeira plana e êle, em virtude da relação de direito material entre os dois, que nem sempre é tão simples como a do alienante do prédio e a do adquirente,

se quedou na posição, *e.* g., do interveniente adesivo do art. 93, a parte adversa não pode invocar o art. 97 do Código de Processo Civil, dizendo que lhe é defeso litigar com o litisdenunciante. Aliás, também aí o legislador continuou com a mentalidade do direito anterior: só se refere a autor, quando, no arE 95, admitiu ambas as intervenções por litisdenunciação, a provocada pelo autor e a provocada pelo réu. Adiante, vem outro argumento a favor da nossa interpretação.

A 4~S Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de outubro de 1941 (E. *dos 7h,* 137, 576), reconheceu a continuação do chamante, a despeito da *substituição* ou da inserção do chamado, e o seu direito a recorrer da decisão que o pra judica.

17.CHAMAMENTO À AUTORIA E PROPOSITURA DE OUTRAS AÇÕES . Se, diante da situação que se estabeleceu, a ponto de se ter de chamar à autoria o outorgante, o outorgado prefere propor, simultâneamente ou antes da decisão transitar em julgado, ação de adimplemento, ou ação de resolução ou de resilição por inadimplemento, ou outra, que tenha contra o outorgante, pode fazê-lo em separado. Então, uma vez que chamou o outorgante à autoria, conserva a pretensão à responsabilidade pela evicção, em alternativa com a de resolução ou de resilição. O juiz tem de julgá-las após apensação, porém nada impede que julgue uma antes da outra, cuja sentença faz coisa. julgada sôbre os pontos que decidir.

No Código de Processo Civil, art. 98, há perturbante elipse: “Se o denunciado não vier a juízo antes do prazo, cumprirá a quem houver chamado defender a causa até final, sob pena de perder o direito à evicção”. Leia-se: “a pretensão à responsabilidade pela evicção, ou o direito à (responsabilidade) pela evicção”.

A propósito do art. 98 do Código de Processo Civil, cumpre observar-se a diferença entre o sistema jurídico brasileiro e outros sistemas jurídicos. Não se diz, no art. 98, que o outorgado mantém, em quaisquer casos, a pretensão à responsabilidade pela evicção, se, chamado à autoria o outorgante, não comparece.

O outorgante, não chamado à autoria, não mais deve pela evicção. O que foi chamado e não compareceu, êsse, sim, pode apresentar razões suficientes contra a defesa que o outorgado fêz. Sõmente após a decisão contra o outorgado, trânsita em julgado, pode o chamado, vindo o outorgado com a ação de evicção, alegar que o chamante não defendeu a causa até final e, pois, perdeu o direito. Todavia, uma vez

que se trata de haver ou não haver relação jurídica de divida entre o evicto e o outorgante, nada obsta a que êsse se adiante, propondo a ação declaratória negativa.

O chamamento em causa do outorgante é ônus para o outorgado. Mas o dilema, que se lhe abre, não justifica que se desinteresse do feito em que é parte e não foi substituído.

18.LITISDENUNCTAÇÃO E ÕNUS DO LITISDENUNCIANTE, SE O LITISDENUNCIADO NÃO

COMPARECE. A litisdenunciação dá ao terceiro a oportunidade de participar no processo, talvez mesmo de se substituir ao litisdenunciante. Se a aproveita, tem de ser tratado como parte principal, por se haver substituido ao litisdenunciante, ou como litisconsorte (Código de Processo Civil, art. 95, § 39, *verbis* "guardadas as disposições dos artigos anteriores"), ou como simples interveniente adesivo. Se não comparece, ou se vai a ponto de se negar expressamente a entrar no processo, ainda como interveniente adesivo, obra a seu próprio risco. Em ambos os casos, tem de admitir como eficaz a sentença, como se litisconsorte fôra, ou interveniente adesivo, em tudo que se refira às suas relações com a parte. fl fácil calcular-se a importância que tem para êle a coisa julgada. Ingressado, ou não-ingressado na causa, ativo ou não-ativo, o chamado à autoria é como se estivesse na relação jurídica processual desde o momento em que expirou o prazo para o seu comparecimento.

Não comparecendo, a causa não pode ficar desamparada. Tem de ser levada até final, para que se apure quem tem razão. Pode bem ser que o litisdenunciado esteja tão certo do seu direito, tão persuadido do ganho da causa, que lhe pareça mais cômodo, ou mesmo mais elegante, assumir o risco. A única solução é a de se obrigar o litisdenunciante a prosseguir, até que se profira a sentença, a recorrer dela, se lhe fôr (aliás, se lhes fôr) desfavorável. Para obrigá-lo a essa perseverança na defesa do direito, a lei lhe comina a pena de perder a pretensão à responsabilidade pela evicção (Código de Processo Civil, art. 98: "Se o denunciado não vier a juízo **a-.**

dentro do prazo, cumprirá a quem o houver chamado defender a causa até final, sob pena de perder o direito à evicção"). Entenda-se que, na sustentação do seu direito, o litisdenunciante deve usar de todos os recursos cabíveis, inclusive o recurso extraordinário. Não é obrigado a propor ação rescisória da sentença, porque êsse é outro

processo. Se propuser a ação rescisória, e ainda não houver liquidado, por ação adequada, a sua situação com o litisdenunciado, tem de chamá-lo à autoria, sob pena de perder a ação contra o litisdenunciado.

19.OUTORGANTE QUE ESPONTÂNEAMENTE COMPARECE.

O chamamento à autoria pode ser tornado inútil se o outorgante mesmo se apresenta em juízo, ou litisconsorciando-se, ou assumindo, sôzinho, a posição de sujeito, ativo ou passivo, da relação jurídica processual. Se o outorgante foi chamado à autoria, não pode escolher a figura jurídica que há de tomar quanto à relação jurídica processual; *e.* g., não pode, em vez de se ter como *auctor,* que se chamou à autoria, dizer-se apenas litisconsorte, pôsto que, se *também* há pressupostos para isso, possa ter as funções das duas figuras.

20.LITISDENUNCIANTE QUE CONTINUA NA LIDE. E tão raro o caso do litisdenunciante que se conforma com o chamamento à autoria, saindo completamente do processo, que o legislador mesmo, na segunda alínea do art. 97 do Código de Processo Civil, o supõe presente à causa, ainda depois da atividade do litisdenunciado. Tanto assim que, ao confessar êsse o pedido, o litisdenunciante está informado, e a lei autoriza a prosseguir, sôzinho, na defesa. Nesse, como em outros pontos, o Código de Processo Civil há de ser interpretado de modo que satisfaça o direito material, e não a comprimi-lo, a criar obstáculos à reslização do direito objetivo, porque tal realização é a sua função.

CAPÍTULO III

VICIOS REDIBITóRIOS

§ 4.233. Conceito e natureza

1.ANTES DA ENTREGA E DEPOIS DA ENThEGA. Já cogitamos, no Capítulo 1, dos vícios do objeto *antes* da entrega, isto é, dos vícios do objeto antes de o credor receber a prestação. Aqui, temos de tratar dos vícios do objeto *depois* da entrega, isto 4, dos vícios do objeto depois de o credor ter recebido a prestação. Deu-se o adimplemento. Não há

mais falar-se de recusabilidade, nem de inadimplemento.

O que há de comum aos vícios de direito e aos vícios do objeto é o serem determinadores de responsabilidade de quem *adimpliu,* e não só de quem *prometeu.* Só se tem de adimplir o que se prometeu, mas há de ser adimplido de modo que não haja vícios. Quem prometeu *a* e prestou *a,* mas a era de outrem, ou a estava com doença ou quebrado em peça interior, responde por ter prestado com vício. ~ por isso que a existência do vicio há de ser no momento da prestação, e não no momento da promessa. Se adimplemento houve, liberado está o outorgante~

Para bem compreendermos a função das regras jurídicas dos arts. 1.101-1.121 do Código Civil e dos arts.

210-217 do Código Comercial, temos de atender ao elemento comum a tôdas elas: já se ter adimplido a dívida e ser sôbre a prestação feita que recai a argúição de possível evicção, ou do vicio redibitório, de minorabilidade, ou de álea.

2.DIREITO ROMANO E DIREITO GREGO. A princípio, não se havia pensado nos vícios do objeto antes da entrega, porque

a recusa afastava qualquer problema de sistemática. Depois, atentou-se em que os vícios do objeto podiam estar *ocultos.* Remontando-se no tempo, encontra-se o caso do alienante de prédio que indicara como superfície dêsse, à celebração da *man cipatio,* extensão que não era a do prédio, e fôra obrigado ao dôbro do valor da superfície que faltava *(adio de modo agá).* Cf. PAULO, *Scntcntíae,* II, 17, 4: "Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplum eius, quod mentitus est, officío iudicis aestimatione facta convenitur". No direito justinianeu, não se empregou a ação.

No período final da República e comêço da época clássica, *a adio em pti,* pela qual se exigia a responsabilidade do vendedor pelos vícios da coisa, era assa.z limitada: na compra-

-e-venda por *maneipatio,* o vendedor respondia, pelo que prometeu *(dieta in maneipio)* e pelos vícios do objeto, se os conhecia e os ocultara, e pelas afirmações de ter a coisa determinadas qualidades, para aproximar o **a-.**

comprador (W. KUNKEL, Diligentia, *Zeitselzrift der Savigny-Stiftung,* 46, 436 s.).

(No texto das *Sententiae* de PAULO, II, 17, 4, o "si quis é surpreendente, porque o vendedor é que teria de ser condenado ao duplo, e não quem quer que seja. Não o são menos o "convenitur in duplo", em vez de

"condemnatur in duplum". Cf. RAYMOND MONIER, *La Garantie coiitre les Vices cachés dans la vente romaine,* 3 5.; La Notion d‟éviction et la notion de vices juridiques dans la mancipation, *lura,* V, 169-171.

Ou o credor exigia o ressarcimento do dano, pelo fato de ter concluído o negócio jurídico fundado em falsas indicações do vendedor (interêsse negativo) ; ou, se houve contra-prestação excessiva, a diminuição do preço, ou a redibição (PAULO, *Sententiae,* II, 17, 6: "Si, ut serviim quis pluris venderet, de artificio ejus, vel de peculio mentitus est, actione ex empto conventus, quanto minoris valuisset emptori praestare compelíltur, nisi paratus sit eum redhibere", em que se percebe não ser a forma de PAULO, algo de recomposição pós-

-clássica, cf. FRITZ SCHULZ, *Einfúhritng in das Studium der Digesten,* 118).

No direito justinianeu já esponta o princípio do interêsse positivo (interêsse no adimplemento, pela prestação do bem sem vícios do objeto; mas isso foi obra dos compiladores

(e. o., L. 18, pr., D., *de actionibus cmpti venditi,* 19, 1), talvez jnt~rpolação justinianéia (FR. HAYMANN, *Anfechtung, Sachmêngelgcwdhr und Vertragserfiillung,* 61 s.), talvez refundiinento pré-justinianeu (PAUL

JORS-WOLFGANG RUNKEL, 3.a ed., 238). Na L. 18, pr., IJIPIANO informa que JULIANO distinguia a condenação em ação de compra entre o que vendeu ciente, ou ignorante, com vício do objeto. Quem vendeu gado enfêrmo, ou madeira defeituosa, se em verdade o ignorava, somente havia de ser condenado pela diferença entre o preço e aquilo que se lhe haveria pago se o comprador tivesse sabido que estava assim. Se o sabia e calou, e enganou o comprador, responderia por todos os prejuízos que o comprador teve com a compra. Se a casa ruiu por vicio da madeira, tem de pagar o valor da casa. Se outras cabeças de gado pereceram por contágio do gado enfêrmo, tem de pagar o que resultaria da venda se estivessem sãs.

Tudo leva a crer-se em que a *adio quanti mznoris* surgiu, em evolução normal, na época clássica, não na idade republicana, da *adio redhibitoria.* Inovação pretoriana, supôs a *adio redhibitoria* em seu

desenvolvimento para as variacões da prestação (cf. F. PRINOSHEIM, Das Alter der aediiizischen *adio quanti minoris, Zeitscltrift der Savign‟y-Stiftung, 69,* 284-301).

Ovendedor podia assegurar, pela *stipulatio,* a inexistência de vícios do objeto. Assim, ampliava-se, pela manifestação expressa de vontade, a responsabilidade do vendedor. A prática de tais asseguracões expressas nas vendas de escravos e de animais levou ao *principio geral da responsabilidade por vícios do objeto,* mediante regras honorárias dos edis curuis, com jurisdição nos mercados (A. E. J. THIBAUT, Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorie, *Árchiv fiir die civilistisohe Prazis,* V, 350 5.; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht,* 1, 395 s.; *Ri.* HAYMANN, *Anfechtung, Saohrndgelgewãkr und Vertragserfihllung,* 1, 19 s.).

No direito edilício, era indiferente se o devedor conhecia, ou não, o vício do direito (L. 1, § 2, D., *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris,* 21, 1).

No direito justinianeu não era necessária a estipulação para se responsabilizar o vendedor, sempre que as asseguracões aformais *(dieta et promissa)* eram suficientes para gerar *a acUo empti.*

No direito grego, basta abrir-se o *Tratado das Leis* de PIATÃO (XI, 2, 916) para se terem pormenores sôbre a ação por vícios do objeto. Se o comprador conhecia o vicio, não tinha ação. Conhece-se o vicio quando o vendedor ou outrem comunica sôbre a sua existência, ou se aparece para quem quer que seja, ou se, por sua aptidão ou experiência, o comprador Unha de notá-lo, casos em que se há de presumir ter conhecido o vício do objeto. A condenação era ao dôbro se o vendedor conhecia o vício oculto. Ésse ponto, que está em PLATIO, corresponde ao direito positivo.

Havia a ação redibitória, não a *quanti minoris* ou a *aestimatoria,* exatamente como se passou no antigo direito germânico (F. BÚCHELER-E. ZITELMANN, *Das Reeht voiz Gortyn,* 168, nota 14). Sem razão, P. GUmAun *(La Prapriété foncîêre en Grêce jusqu‟â> la eonquête romaine,* 275).

Quanto a ação ser pertinente à venda de qualquer objeto, e não só à de escravos, quem somente visse a lei, como ressalta do pleito de Hiperides (J. H. Ln‟srus, *Von der Bedeutung des griechisehen Reehts,* 20), teria de entender que era o caso único; mas em verdade a jurisprudência foi além (cf. E. PLATNER, *Der Prozess und die Klagen bei den Antilcern,* II, 842; BÚCHSENSCHÚTZ, *Der Resitz und Erwerb im*

grieclzisehen Altertume, 528).

Cumpre observar-se que se tratava de princípio excepcional, porque, no direito ático, não havia a *invalidade* por dolo, nem, sequer, por êrro sôbre a qualidade das coisas vendidas.

3.MOMENTO EM QUE SE APRECIA O VICIO DO OBJETO. Sempre se teve como decisivo o momento da conclusão do contrato. Recentemente, F. PRINOSFEIM (The Decisive Moment for Aedilician Liability, *Archiv d"flistoire dii Droit oriental, Revue internationale des Droits de i"Antiquité,* 1, 545-556) mostrou que os textos **a-.**

não permitem tal conclusão, que se arraigara, sem controvérsia. O momento decisivo é o da *traditio.*

Mostrou êle não serem exatas as fórmulas da *adio redhibitoria* e da *actio quanti minoris* conforme OTTO

LENEL.

Quanto àquela (546-555), o edicto que se tem na L. 1, § 1, Ix, *de aedilfrio edicto et redhibitione et quanti minoris,* 21, 1, prova que o "cum veniret" só se refere aos *dieta et promissa,* e não aos vícios ocultos e somente no tocante àqueles é que importa o momento da assunção da garantia, e não o da subsistência dos vícios. Trouxe a exame a L. 43, D., *de contraihenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non vossunt,* 18, 1, a L. 56, pr., e a L. 52, D., *de aedilieio edicto et redkibitione et quanti minoris,* 21, 1. Reputou alteradas a L. 20 e a L. 19, § 6, D., 21, 1, e a, L. 3, C., *de aediliciis actionibus, 4,* 58. O edicto concernente à venda de bestiais não alude aos *dita promissave* e contém o "cum veniret", no que se afastou do edicto referente à venda de escravos. Mais: a *stipulatio ab aedilibus*

vrovosita fêz decisivo o momento da tradição. No que tange *à actio quanti minoris,* que lhe parece clássica, a referência à *venditio* foi entre CÉLIo SABINO e SÁLVIO JULIANO (L. 25, § 1, *Ix, de exceptione rei uudieatae,* 44, 2), mas há correlações com a *adio redhibitoria.*

4."CONTRATOS COMUTATIVOS" E RESPONSABILIDADE POR VÍCIOS DO OBJETO. No correr da exposição evitaremos falar do preço, porque o Código Civil brasileiro se libertou da subordinação da pretensão à responsabilidade por vícios do objeto ao negócio jurídico bilateral da compra-e-venda. O art. 1.101 do Código Civil referiu-se,

amplamente, a “contrato comutativo”.

Na L. 8, § 24, D., *de transactionibus,* 2, 15, IJLPIANO refere-se a “comutar”, no sentido de prestar vinho por óleo, ou óleo por vinho, ou algo por outra coisa (vel si vinum pro oleo vel oleum pro vino vel quid aliud commutavit), inclusive se algo que está num lugar por algo que se acha noutro (ut quae erant ei Romae alimenta relicta, in município vel in provincia acciperet vel contra). Na L. 23, D., *de usu et habitatione,* 7, 8, é de NERÁCIO que o proprietário não pode comutar a espécie da coisa usuária (Usuariae rei speciem is cuius proprietas est nuílo modo commutare potest) e de PAULO que a razão está em que não pode empiorar a situação do usuário (deteriorem enim causam usuarii facere non potest), e mesmo comutar pelo melhor é empiorar (facit autem deteriorem etiam in meliorem atatum commutat).

Contrato comutativo é todo negócio jurídico bilateral em que há prestação e contraprestação. Em vez de diminuição do preço, redução do preço ou minoração do preço, o que ainda aparece *explificativamente,* entenda-se nos arts. 1.105 e 1.106 do Código Civil, havemos de falar de diminuição da contraprestação ou minoração da contraprestação. Pode tratar-se de preço, no sentido de prestação em dinheiro, e pode não se tratar de preço.

Quem recebe o bem, objeto de negócio jurídico comutativo, recebe o bem com as suas qualidades e o seu tamanho. Não se pode dizer que a vontade negocial só se dirigiu à coisa tal qual é, com abstração das suas qualidades; nem que se precise de cláusula para se tornar exigida a qualidade, pois que não é mais do que motivo.

Ninguém quer a coisa em si, sem atenção às suas qualidades (com razão, WERNER FLUME. *Eigensckaftsirrtum ind Kauf,* 11 s., 23 s.). De jeito que a explicitude ou a interpretação tem de mostrar quais as qualidades, inclusive certas quantidades e extensões que qualificam (o corte de fazenda não dá para vestido), porque se quer a coisa tal como seria de esperar-se conforme o tráfico, ou conforme os anúncios ou conforme o que se buscou.

Os catálogos, os prospectos, os anúncios, os cartazes e menções em vitrina, mostruários e classificações por lugares, números, letras ou outras indicações exprimem afirmações de existirem as qualidades a que se alude, explícita ou implicitamente. Porém há qualidades que se supõem existir sem se precisar de qualquer referência.

Nas lojas, nos armazéns e na generalidade das casas de comércio não

se vendem *objetos usados.* Objetos usados só se entende que se acham nas casas de objetos usados, ou se há informação escrita ou oral de que se trata de objetos usados.

As qualidades, inclusive as extensões e quantidades que qualificam, que não são exigidas pelo uso do tráfico, ou não foram apontadas, explícita ou implicitamente, pelo figurante outorgante, ou pelo figurante outorgado, precisam de cláusula. O relógio de ouro não precisa ser da melhor composição metálica. Porque tais qualidades são motivos; e os motivos somente passam a ser elementos do suporte fáctico se trazidos pela vontade ao conteúdo do negócio jurídico. Daí a importância,

no trato comercial, de se distinguirem das qualidades negociais as qualidades extranegociais, que podem vir a ser

"negocializadas", isto é, tidas como inerentes ao bem tal qual se promete ou se entrega.

Outro ponto que merece atenção é o relativo à natureza da responsabilidade por vicio do objeto. Trata-se de **a-.**

responsabilidade contratual, e não de responsabilidade anexa ao contrato.

A responsabilidade pelos vícios do objeto tanto se refere aos vícios do objeto corpóreo como aos vícios do objeto incorpóreo, como patente de invenção, obra literária, científica ou artística e o próprio fundo de comércio ou emprêsa.

§ 4.234. Duas pretensões em alternatividade

1.DIREITO AO OBJETO E PRETENSÕES POR VÍCIO DO OBJETO.

Depois da entrega, quando o outorgado já tem o que se lhe prestou, o seu direito ao objeto foi ferido pelo vicio do objeto. Duas pretensões lhe nascem, a de redibir e a de pedir abatimento do preço. Só as pode exercer alternativamente. Os arts. 1.101 e 1.105 do Código Civil correspondem à última fase da evolução do direito sôbre os vícios do objeto. Lê-se no ad. 1.101: "A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos que a

tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor". No parágrafo único: "i! aplicável a disposição dêste artigo às doações gravadas de encargo". No art. 1.105:

"Em vez de enjeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 1.101), pode o adquirente reclamar abatimento no preço (art. 178, §§ 2.0 e 5.~, n. IV)".

a)Na L. 21, pr., D., *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris,* 21, 1, ULPIANO define "redibir": fazer o vendedor ter, de nôvo, o que tivera, o que se consegue com a devolução, daí chamar-se redibição, quase re-dar (redditio). No texto está: „¶Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio". Havia *resolução* do contrato, e não nulidade ou anulação.

Sôbre isso e a Lei de D. Duarte de 18 de março de 1435, Tomo IV, § 360, 1.

Redhibere é re-habere. Aí, reaver o preço, ou, quando, hoje, se cogita de todos os contratos comutativos e das doações gravadas de encargo, a contraprestação, qualquer que seja. *Redditio* é re-dição, *red-ditio,* manifestando-se vontade contrária, como ato de ordem. Ação redibitória ou de enjeitamento não é de nulidade, nem de anulação, mas apenas de apagamento do ato-fato jurídico do pagamento, da contraprestação. *Redhibitio é rcd-hibitio,* re + habitio, de *re-hí.tbeo,* reaver.

b)A *actio quanti minoris,* essa, também só referente A solução que não foi boa, tem por fito haver a parte da contra-prestação no que atenda à desvalorização do bem pelo vicio do objeto.

O outorgante de direito sôbre bem individuado "coisa certa", como diz a lei tem de entregar o que prometeu. Não pode entregar outra coisa, salvo se o outorgado consente na dação em soluto, aí de dívida de bem específico (cf.

Código Civil, arts. 863, cf. 995). Se o bem está ou é defeituoso e o outorgado o ignorava ao tempo do negócio jurídico, tem o outorgado a ação para a condenação e, depois, a ação de execução, com o eventual mandado de que fala o art. 993 do Código de Processo Civil, no caso de admitir a entrega, com o vício do objeto, e indenização, ou para a prestação da indenização por não

-adimplemento.

Também a prestação de gênero e de quantidade também pode ter vício do objeto, assunto que adiante se versa.

O outorgante não pode ser condenado a reparar, ou eliminar o vício do objeto. A escolha do outorgado antes da entrega da coisa é para a *resolução* do negócio jurídico por inadimplemento, ou para que o outorgante, prestando, indenize do prejuízo, uma de cujas espécies é a minoração da contraprestação.

Se o outorgado alude à consertabilidade, ou emenda, ou substituição do objeto, dá ensejo a isso; não pode obrigar a isso, em ação de redibição ou *quanti minoris.*

2. ALTERNATIVIDADE. A alternatividade pode ser pela propositura da ação redibitória, e não da ação de diminuição da contraprestação, ou vice-versa; ou pelo pedido da redibição *ou* da diminuição da contraprestação.

Se o outorgado comunica ao outorgante que o bem recebido tem vício do objeto, sem escolher entre a redibição e a minoração da contraprestação, pode o outorgante notificá-lo para que escolha, ou para que se pronuncie sôbre a redibição. No segundo caso, o silêncio do outorgado significa que não quer a redibição, pôsto que lhe continue a pretensão à diminuição da contraprestação, se cabe.

O outorgado não mais tem a escolha se o outorgante admitiu o que o outorgado escolhera (P. LANGIIEINEKEN, *Ánspruch. und Finrede,* 246; TRIELE, Die Vollziehung der Wandelung und die Minderung nach dem Búrg.erlichen Gesetzbuch, *Árchi» .fiir die civilistische Prazeis,* 93, 425). Admitir a redibição de modo nenhum é pôr no lugar do negócio jurídico bilateral atingido outro negócio jurídico bilateral; *e. g.,* não se pode pedir que se faça outro negócio jurídico de compra-e-venda do imóvel

(R.PELTASON, Bedarf em Vertrag, durch welchen em unter § 313 BGB. faílender Vertrag aufgehoben wird, der gerichtlichen oder notariellen Form, *Deutsehe Juristen-Zeitung,* IX, 809; TRIELE, Die Vollziehung der **a-.**

Wandelung und der Mmderung nach dem flOR, *Archiv flir die civilistische Praxis,* 93, 421; sem razão, M. E.

Eccrns, fie Gewährleistung wegen Mángel der Sache, *Gruchots Reiträge,* 43, 328).

A respeito da minoração da contraprestação, cumpre dizer-se que, fora da compra-e-venda e dos outros contratos em que a contraprestação é em dinheiro, a pretensão à diminuição da contraprestação pode não existir por ser indivisível a contraprestação.

3.VÍCIOS DO OBJETO SUCESSIVOS. A diminuição da contraprestação, por ter-se conhecido algum vicio e ter-se exercido a pretensão, não exclui a pretensão por outro vicio que se descubra, ou se revele no mesmo objeto, quer se trate de pretensão à minoração quer de pretensão à redibição. Isso não significa que não possa ter havido e é questão de interpretação *renúncia* do outorgado à pretensão por outro vicio do objeto, ou às pretensões por outros vícios do objeto (PAUL OERTMANN, *Das Recht der SchuUtverh4tUtnisse,* 455; OTTO WARNEYER, *Kommentar,* 1, 810). Tem-se de levar em conta para a minoração posterior, ou para a posterior redibição, o que antes fôra deduzido da contraprestação (PAUL OERTMANN, *Das Reckt der Schuldverhtiltnisse,* 455; sem razão: li.SIBER, em G. PLANCK, *Koinment ar,* II, *2,* 383; CARL CROME, *£ystem,* II, 471; II. DERNEURO, *Das Riirgerliche Recht,* II, *2,* 83, nota 6).

§ 4.235. Nascimento e extinção da pretensão à responsabilidade por vício do objeto 1. NASCIMENTO DA PRETENSÀO. A pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto nasce, para a redibição e para a diminuição da contraprestação, quando, após a entrega, o outorgado vem a conhecer do vício do objeto. Tal entrega não foi seguida de comunicação explícita ou implícita, expressa ou tácita, de estar sem vicio o adimplemento.

2.VICIO DO OBJETO, OU DEFEITO “5TRICTO SENSU” E FALTA DE QUALIDADE. Não só o vício do bem é vício do objeto. Também é vício do objeto a falta de qualidade que o outorgante assegurou. Assim, as qualidades prometidas são base para a responsabilidade por vícios do objeto. O momento em que há de existir o vício do objeto, ou a causa dêle, que em vicio do objeto importe, é aquêle em que se entrega o bem. O que se há de considerar é o valor do bem ou a sua utilidade para os usos correntes ou previstos no negócio jurídico. São exemplos: adição de açúcar ao vinho, ou de álcool ao vinho ou a outra bebida, além do que a lei permite; grande umidade das paredes do apartamento.

Não se leva em conta somente o uso corrente; pode influir o que era a intenção manifestada do outorgado, com o acôrdo expresso ou tácito

do outorgante; o não se poder construir, por faltar dimensão prevista pelas leis como dimensão mínima.

Diz-se no Código Comercial, art. 130: “As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, pôsto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”.

A qualidade tida, no tráfico, como essencial, é essencial para o negócio jurídico de que se trata, salvo se êsse o pré-excluiu. Porque a essencialidade para o tráfico somente o é para o negócio jurídico, por se supor que se quis o que segundo a concepção do tráfico se quereria.

3. IGNORÂNCIA DO VÍCIO DO OBJETO PELO OUTORGADO. Um dos pressupostos para a responsabilidade do outorgante pelo vício do objeto é o de desconhecer o outorgado a existência do vicio do objeto ou a sua inevitabilidade, ou a ausência de qualidade assegurada. O momento em que tem de apurar êsse conhecimento é aquêle em que se conclui o negócio jurídico. Cumpre, porém, que se não confunda a responsabilidade pelo vício do objeto, que depende de não ser conhecida pelo outorgado, com a responsabilidade oriunda de cláusula negocial, ou de negócio jurídico à parte, em que o outorgante prometeu a eliminação do vício do objeto (M. E. Eccius, Die Gewiihrleistung wegen Màngel der Sache nach dem BGB., *Gruchots Beitrdge,* 43, 310; PAUL OERTMANN, *Schuldrecht,* **2**~a ed., 427, *Redil der Schuldverhàltnisse,* nota 4-a ao § 460). A cláusula pode não ser expressa. Exemplos de cláusula tácita estão em quase todos os casos de compra de móvel arranhado, ou mal envernizado, em casa. de móveis novos (G. PLANCK, *Kommenlar,* II, 365; O. WARNEYER, *Kommentar,* 1, 790). Sempre que se compra em fábrica, ou estabelecimento comercial de objetos novos, aparelho de que falta peça, ou em que ainda não há qualidade normal, há a pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto (CHONE, Zusicherung einer noch nicht vonhandenen Eigenschaft, *Gruchota Reitrdge,* 61, 199).

O conhecimento do vício do objeto pelo representante ~ o mesmo que o conhecimento pelo representado; e o conhecimento pode ser só pelo representado. Se, no assunto, o representante foi além dos podêres que tinha, **a-.**

como se o representado exigira a demarcação prévia, não pode o conhecimento pelo representante ser oposto ao representado. Mas, ai,

supôe-se que o outorgante conheça a restrição aos podêres do representante.

Sôbre a redibição e a anulabilidade, Tomo IV, §§ 439 e 450, 2, e a dação em soluto, Tomo XXV, § 3.004, 6.

4.PRÉ-EXCLUSÂO DO NASCIMENTO DA PRETENSÃO . Se o objeto está para ser vendido “como se acha”, ou “no estado em que se encontra” (K. KOBER, 1 2‟. *Staudin.qers Komment ar,* II, 1, 672), não há a pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto. *AUtor,* se está dito “como se vê”, porque então só se pré-exclui a pretensão à responsabilidade pelos vícios do objeto se visível a olhos nus; ou se a casa é de objetos usados, ou de salvados, ou de antiguidades, porque então a responsabilidade pelos vícios do objeto ordinâriamente não existe: o comprador tem de examinar o que compra. (Os juristas falam, em tais espécies, de renúncia à pretensão, mas o têrmo é evidentemente impróprio. Não se renuncia ao que ainda não se tem. Aí, a pretensão nasce, ou não nasce.

O outorgante assumiu, ou não assumiu a responsabilidade. De renúncia só se há de falar se a pretensão já nascera.)

Os contraentes podem acordar em que o dador não seja responsável pelo vício ou defeito oculto. Podem, também, agravar a responsabilidade do dador (P. OERTMANN, *Redil der SchuldverMltnisse,* 455), salvo para pré-excluir a ação pelo dolo (arts. 92-97). Nas espécies em que a renúncia à pretensão à prestação da garantia é admitida, admite-se também que seja tácita (P. OERTMANN, *Recht der Sckuldverkãltntsse,* 419; O.WARNEYER, *Kommentar,* 1, 781). Tratando-se de imóveis, para a renúncia é preciso que se observe, quanto à formar o Código Civil, art. 134, II. A cláusula "no estado em que se acha", "como está à vista", não pré-exclui a responsabilidade pelos vícios e defeitos ocultos. O acôrdo de minoração sem agravação da garantia pode ser em cláusula inserta no contrato, ou em pacto anterior ou posterior à conclusão do contrato.

A cláusula de pré-exclusão da responsabilidade pelo dolo é nula; bem assim, o acôrdo anterior ou posterior ao contrato (K. KOBER, 3". *v. Staudin gera Kommentar,* II, *1,* 714). A nulidade (arts. 145, II, e 153, **1**~a parte) somente apanha o acôrdo de pré-exclusão ou exclusão da pretensão à prestação de garantia no tocante ao dolo (O.

WARNEYER, *Kornmentar,* 1, 810) de modo que se dá a pré-exclusão ou exclusão, se dolo não houve (= vale como pré-excludente ou excludente da garantia, fora a dolosidade da ocultação). Não bá dolo se o dador, oculta vicio ou defeito que não é aquêle de que se trata, nem dolosamente oculta a êsse (P. OERTMANN, *Reckt der SehuldverMltnisse,* 456; O. WARNEYER, *Kommentar,* 1, 810). Se se alega o dolo do dador, tem-se de provar o conhecimento e o dolo, não só o conhecimento.

No ad. 1.102, diz-se: "Salvo cláusula expressa no contrato, a ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime da responsabilidade (art. 1.103) ". Completa o pensamento o art. 1.103: "Se o alienante conhecia o vicio, ou o defeito, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato".

5.RENÚNCIA À PRETENSÂO À RESPONSABILIDADE POR DEFEITO DO OBJETO. Se, depois de conhecer o vício do objeto, embora já concluído, antes, o negócio jurídico, o outorgado contrapresta, entende-se, em principio, que renunciou à pretensão à

responsabilidade pelo vicio do objeto (O. WARNEYER, *Koinmentar,* 1, 790), pôsto que a interpretação possa ser diferente. Contudo, pode sempre contraprestar com a *reserva* de exercer a pretensão. Nem sempre, descoberto o vício do objeto, se há de considerar renúncia o ato de o outorgado usar ou de continuar de usar o que lhe foi prestado. A alienação posterior ao descobrimento do vício do objeto pode significar renúncia, porém não sempre. A redibição, sim, está excluída, salvo se houve alienação que pode ser desfeita *(e. g.,* em caso de retrovenda).

t Onus do outorgante alegar e provar a satisfação do outorgado e o conhecimento que êsse teve do vicio do objeto; ao outorgado, o ônus de alegar e provar a *reserva* que fêz (R. R§Mn, Das soq. qualificieste Gestãndnis, *Arehiv flir die civitistisehe Praxis,* 62, 174 s.; LEO ROSENBERG, Zur Lehre vom sog. qualifizierten Gestãndnis, *Árchiv flir die civilistische Praxis,* 94, 128; sem razão, Fa. LEONHARD, *Pie Beweislast,* 381).

A renúncia pode Ser ~ redibição sem ser também à diminuição da contraprestação, o que às vêzes ocorre quando o outorgado usa ou continua de usar o bem viciado (PAUL OERTMANN, *Schuldrecht,* 437; E. EHRLICH, *Pie stiltschweigende Willenserklttrung,* 127; PAUL LABAND, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines BOB., *Árchiv fiLr diç civilistische Praxis,* 74, 85).

Se o bem recebido é indispensável, por exemplo, à continuídade da exploração de uma indústria, mas tem vicio do objeto, o receptor tem de alegar o que concerne ao vicia do direito, com a reserva da pretensão à redibição, ou à mino

a-.

ração do preço, a despeito da impossibilidade, econômica ou técnica, de repelir o adimplemento ruim.

“Não

serve o que foi entregue, mas sou forçado a recebê-lo, até que me preste outro objeto (isso nada t

§ e

2

m com a

9

redibição ou a minoração), ou me devolva a contraprestação (redibição), ou diminua o preço". O credor que teve 1

de receber, com ressalva, o bem com vicio do objeto, ou escolhe o exercício da *pretensão ao bom adimplemento,* ou, e aqui é que está a matéria que agora nos interessa, exerce, com alternatividade, ou escolhendo uma, a *pretensão a redibição* ou a *pretensão à minoração da contraprestação.*

6.Extinção DA PRETENSÃO POR FATO DE SILÊNCIO. Se o outorgado *recebe* o objeto com vício, sem nada opor, apesar de conhecê-lo, tem-se de indagar se o conheceu *antes* da conclusão do negócio jurídico, ou se o conheceu *entre* a conclusão do negócio e o recebimento, ou se *depois* dêsse. No primeiro caso, de nenhuma pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto se pode falar, porque tal pretensão não nasceu. No segundo e no terceiro, houve perda da pretensão ou renúncia,. respectivamente. (Nos livros e até em leis fala-se, *e.* g., Código Civil ademão, § 464, de "aceitação" do pagamento. Pagamento recebe-se, ou não se recebe; ou se recebe com reserva ou ressalva. Deve-se evitar a expressão imprópria.)

Se o outorgado vem a saber do vício do objeto entre a conclusão do negócio jurídico e a entrega, inclusive no momento imediatamente anterior, ou conhece os defeitos do bem, ou a falta da qualidade assegurada, e a recebe, perde a pretensão.

Algumas precisões. Se o outorgado soube do vício do objeto, antes da entrega ou no instante imediatamente anterior a essa, mas depois da conclusão do negócio jurídico, e recebe o bem viciado, não há *renúncia,* que é negócio jurídico unilateral, há *perda da pretensão à responsabilidade pelo vicio do objeto.* A classificação do fato jurídico como renúncia tácita era corrente (ainda, por exemplo, Fit. LEONHARD, *Besonderes Sehuld-*.

recht, 75); mas houve as criticas de HERMANN KRAUSE *(Sehweigen im Rechtsverlcehr,* 163), que disse não se poder pensar em prazo preclusivo, porque a extinção não se liga a prazo (nem o prazo, aí, teria significação) de PALANDT *(lihirgerliches Gesetzbuck,* □

14 a ed., 478), que repeliu, aí, o conceito de renúncia, e apenas admitiu o de extinção, e de KARL LARENz *(Lekrbuch des Sckuldrechts,* II, 39) que falou de criar-Se, com o silêncio, suporte fáctico em que o outorgante pode confiar. Afastemos que se trate de manifestação de vontade. Ai, o *silêncio* apenas funciona como fato extintivo, ocasionando a extinção da pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto.

Diferente é o que se passa se a descoberta é após a entrega. Aí, ou há *renúncia,* que é negócio jurídico unilateral, ou há *preclusão,* por ter expirado o prazo do art. 178, § 29, ou do art. 178, § *59,* IV, do Código Civil, ou o do art.

211 do Código Comercial.

O recebimento, para que seja óbice ao nascimento da pretensão, ou determinador da perda da pretensão, ou importe renúncia, é preciso que seja interpretável como expressivo de ter-se achado bom o adimplemento, o que pode resultar do recibo, do uso do tráfico ou das circunstâncias.

Quem recebe tem de examinar no tempo em que pode exercer a pretensão, que está fixado no art. 178, § 2.0, e no art. 178, § 59, IV, do Código Civil, ou no art. 211 do Código Comercial. Tais regras jurídicas nada têm com os vícios do direito, só se referem a ações por vícios do objeto. Mas, em todos êsses casos, se supõe que exista a pretensão.

A perda em virtude do silêncio do outorgado entre a conclusão do negócio jurídico e a entrega, inclusive no instante imediatamente anterior, ocorre se houve *dolo* do outorgante, porque o que permanece é a ação de anulação por dolo (Código Civil, arts. 92-97), pois, conforme se vê do art. 94 do Código Civil, a ação de anulação nada tem com a ação de responsabilidade por vicio do objeto. (Devido à remissão do § 464 do Código Civil alemão ao § 463, tem-se querido, *e. .q.,* RARL LARENZ, *Leh,rbuch des Schuldrechts,* II, 39, que a ação de redibição e a de diminuição da contraprestação continuem, bem como a desconstitutiva do negócio jurídico. Mas essa interpretação é de repelir-se. A remissão não a permite. O § 463 apenas ressalvou a ação de indenização por inadimplemento, ou a de desconstituição por dolo. O dolo do outorgante só se refere à desconstituição do negócio jurídico e à pretensão à responsabilidade por vício do direito pode ter-se extinto, por silêncio do outorgado.) 4.255. VICIO DO OBJETO E RESPONSABILIDADE

Lê-se no Código Comercial, art. 210, que "o vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e **a-.**

defeitos ocultos da coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor que o comprador, se os conhecera, ou não a comprara, ou teria dado por ela muito menor preço". No art. 211, acrescenta-se:

"Tem principalmente aplicação a disposição do artigo precedente, quando os gêneros se entregam em fardos ou debaixo de coberta que impeçam o seu exame e conhecimento, se o comprador, dentro de dez dias imediatamente seguintes ao do recebimento, reclamar do vendedor falta na quantidade, ou defeito na qualidade; devendo provar-se no primeiro caso que as extremidades das peças estavam intactas, e no segundo que os vícios ou defeitos não podiam acontecer, por caso fortuito, em seu poder. Esta reclamação não tem lugar quando o vendedor exige do comprador que examine os gêneros antes de os receber, nem depois de pago o preço".

A referência ao pagamento do preço somente se pode explicar se interpretamos o art. 211, alínea 2.a, como se dissesse: "Esta reclamação não tem lugar quando o vendedor exige do comprador que examine os gêneros antes de os receber, nem, se, entregue a coisa, o pagamento do preço é de entender-se como renúncia a qualquer reclamação".

De passagem observemos que ANTÓNIO BENTO DE FARIA *(Código Comercial Brasileiro,* ~, SA cd., 281) estranhou as expressões "falta de quantidade" e "defeito de qualidade", que aparecem no art. 211 do Código Comercial, por se não tratar de vícios redibitórios. Absolutamente sem razão. Seria recuo para aquém do edicto dos Edis (L. 1, § 1, D., *de aedilicio edicto et redhibitione d quanti minoris,* 21, 1).

(No direito comercial brasileiro, não há o *dever de exame imediato,* nem o *dever de aviso* do vício do objeto, como existe no Código Comercial alemão, § 377, com *dever "ex lege",* ou imposição legal; cp. REIMEIL

SCHMIDT, *Die Obligenkeiten,* 187 s. Há, então, a conseqfiência legal da perda da pretensão.) No caso de transferência do domínio ou de algum direito real limitado, tem-se de indagar se houve a entrega da posse imediata, ou se não houve. Se ainda não houve a entrega da posse imediata, a transcrição do acôrdo de transmissão da propriedade e da

posse é recebimento, mesmo se não ocorreu a transmissão da posse imediata *(e.*

g., o transmitente é locatário, em virtude de constituto possessório, ou há locatário que permanece na posse imediata, a despeito da sucessão entre vivos). Em geral, sem entrar em exame completo, PAUL OERTb(ANN

(Recht der Schuldverhãltnisse, II, 2) e PALANDT *(Biiroerliches Gesetzbuch,* **11**a ed., 478). Se na ocasião da conclusão do contrato o outorgado já conhecia o vício do objeto, não se irradiou com essa a pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto. Se o conheceu entre a conclusão do negócio jurídico e a entrega, extingue-se com o recebimento sem reserva a pretensão que se irradiará. Frise-se bem: se na ocasião da entrega o outorgado já conhece o vício do objeto, a pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto extingue-se. Idem, se já o conheeia ao tempo da transcrição do acôrdo de transmissão ou de constituição, salvo se faz constar do registo a sua *reserva.*. Se a escritura pública vai ser levada ao registo pelo outorgante, tem o outorgado de levar ao registo, para ser averbada, a sua comunicação de haver vício. Daí o seu interêsse em examinar detidamente o bem imóvel antes disso e providenciar quanto à reserva. Todavia, se ignorara a existência do vício do objeto, há o surgimento da pretensão e o prazo preclusivo do art. 178, § *59,* V, do Código Civil para o exercício. Pode, também, ocorrer renúncia.

Já falamos do recebimento com *reserva* ou *ressalva* se o credor teria prejuízo desproporcional se deixasse, no momento, de se servir do objeto viciado. Isso pode ocorrer nos próprios casos de prestação de um objeto por outro. Aqui, o credor que teria a ação de indenização pelo inadimplemento de certo modo evita que sejam altos, ou mais altos, os valôres da prestação indenizatória. Se a correção pode ser feita pelo devedor, a êsse incumbe purgar a mora. Se outrem é que o pode fazer, ao credor pode parecer melhor o exercício da pretensão à minoração da contraprestação. Se, a despeito da utilidade provisória, quiçá indispensável no momento, o credor entende que não lhe convém a minoração (nem a eliminação do vício pelo devedor), o caminho que lhe fica é o da ação de redibição, com indenização.

No Código Civil, art. 1.186, há regras jurídicas pertinentes aos vícios do objeto, se está em causa bem imóvel:

“Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o

direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço. Não lhe cabe, porém, êste direito, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões". No art. 1.136, parágrafo único: "Presume-se que a referência às suas dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de 1/20 da extensão total enunciada".

A solução brasileira foi mais precisa do que a do Código Civil alemão, § 468, onde se fala de diferença a tal ponto importante que o adimplemento do contrato não tenha interêsse para o outorgado.

No direito brasileiro, as regras jurídicas do art. 1.136 do Código Civil e do parágrafo único não são regras **a-.**

jurídicas sôbre redibição e diminuição do preço de que tratam os arts. 1.101-1.106, razão por que dela vamos tratar a propósito da compra-e-venda e da troca.

7.NATUREZA E PRESSUPOSTOS DA "RESERVA" OU "RESSALVA". A reserva ou ressalva é manifestação unilateral receptícia de vontade, ato jurídico *stricto sensu,* e não negócio jurídico. Faz-se ao outorgante, ou a quem o represente. De regra, o mensageiro, o núncio, o garção e outros empregados da mesma categoria não são legitimados à reserva; não assim o agente de compras, a governante ou a cozinheira que vai, de hábito, ao mercado.

A *reserva* há de ser feita no momento de se receber. Pode ser anterior, mas, para isso, é preciso ser mantida (O.

WARNETER, *Kommentar, 1,* 799).

Não se precisa de reserva explícita se o outorgante se obrigar a eliminar o vício do objeto prestado ou apenas apresentado (J. U. SCHRUDER, *Zur Gewàkrleistung,* 21). De regra, os juristas falam de não se precisar, aí, de reserva. Se houve o recebimento, houve, necessàriamente, reserva, embora implicita. A declaração de vontade do devedor quanto à eliminação do vício, ou quanto à substituição do objeto prestado, se genérico, apenas atende à reserva implícita ou explícita que foi feita. Isso ocorre nos próprios casos em que o devedor, ao prestar, se adianta na comunicação da existência do vício do objeto.

8.PRECLUSÃO. A pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto preclui, em se tratando de negócios jurídicos, de direito civil, sôbre móveis, em quinze dias (Código Civil, art. 178, § 2.0>, se sôbre imóveis, em seis meses (Código Civil, ad. 178, § **5□0,** IV), em se tratando de negócios jurídicos comerciais, em dez dias (Código Comercial, art. 211). Há o problema da preclusão se o negócio jurídico mercantil é sôbre imóveis, sabendo-se que o conceito do negócio jurídico comercial somente sôbre móveis foi superado, tanto mais quanto o que está em causa é o negócio jurídico *consensual,* regido pelo direito comercial, e não o *acórdo de transimissão ,* ou o *acôrdo de constituição ,* que se submeteu ao direito civil, necessariamente . A solução que se impõe é a de atender-se a que a espécie não fôra prevista no Código Comercial e se há de considerar o direito civil como fonte (Código ComerciaL ad. 121: "As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código").

Se o outorgado conhecer o vício do objeto depois da conclusão do contrato e antes da recepção, a sua pretensão à responsabilidade pelo vicio do objeto extingue-se se não faz a resena. A reserva obsta à perda, porque a perda resultaria de silêncio.

Se o outorgado só após a entrega vem a conhecer o vício do objeto, a pretensão, que nascera, não sofre com tal conhecimento posterior à entrega. Não tem de comunicar imediatamente ao outorgante o que descobriu: a lei criou prazo preclusivo (Código Civil, arts. 178, § 2.~, e 178, § 59, IV; Código Comercial, art. 211).

O art. 1.101 diz que a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode, por vícios ou defeitos ocultos, ser enjeitada. Em vez de enjeitar (no art. 1.105, diz-se "rejeitar"), pode o adquirente reclamar abatimento no preço.

Temos de saber se há de propor a ação, judicialmente, dentro do prazo, ou basta reclamar (Código Comercial, art.

211, alínea

□

1a, *verbo* "reclamar", alínea **2** a, *verbo* "reclamação").

9.SATISFAÇÃO DA PRETENSÃO À RESPONSABILIDADE PELO Vício 110 OBJETO. A pretensão à responsabilidade pelo vício do objeto,

quer se trate de redibição, quer de diminuição da contraprestação, está atendida desde o momento em que o outorgante manifesta que reconhece o que ocorreu: então, ou se dá a redibição, ou a diminuição na contraprestação, conforme escolheu o outorgado. Trata-se de atendimento ao exercício da pretensão do outorgado.

Dá-se a preclusão dos prazos do art. 178, § 29, e § 59, IV, e do Código Comercial, art. 211 (art. 210), mesmo se o outorgado só descobre ou somente poderia descobrir a falta depois de transcorrido o prazo.

Entende-se exercida a pretensão à responsabilidade pelos vícios do objeto se foi proposta a ação, ou se o outorgante recebeu a comunicação, com a escolha entre a redibição e a redução, e acordou naquela ou nessa.

Se o outorgante foi condenado a devolver a contraprestação, a ação executiva prescreve em vinte anos.

§ 4.236. Dividas e bens genéricos

1. GÊNERO E ESPÉCIE. As expressões “gênero~~ e “espécie”, em direito, têm sentidos precisos, que não podem ser conspurcados pelo falar vulgar. Correspondem às expressões alemães “Gattung” e “Art”. Nos povos latinos, a confusão é tal, que JULES GRUBER, conselheiro do Tribunal Cantonal de Estrasburgo, na tradução do Código Civil alemão, pôs a mesma palavra no lugar das duas que estão no § 243, alínea **1**a□ Diante do texto “Wer **a-.**

eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art von Gdt zu leisten” o tradutor, em vez de pôr “Celui qui doit une chose qui n‟est déterminée que quant à son genre, doit la fournir d‟espêce et de qualité moyennes escreveu: “Celui qui doit une chose qui n‟est déterminée que quant à son espêce, doit la fournir d‟espêce et de qualité moyennes”.

No livro de E. PrnLIp VICAT *(Vocabularium juris utriusque,* Neapoli, 1760, 1, 225), lê-se que o gênero se opõe à espécie, e alude-se ao conceito filosófico de espécie> que é o mesmo da clência do direito, pôsto que, às vêzes. os jurisconsultos chamem espé~ie à coisa certa, ao indivíduo (Genus speciei opponitur... idemque est, quod philosophis species, quemadmodum hanc iurisconsulti pro individuo accipiunt).

Na L. 54, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1, refere-se JULIANO a estipulações que, às vêzes, concernem a espécies e, às vêzes, a gênero, e acrescenta que, se estipulamos a propósito de gêneros, divisão entre os donos ou entre os herdeiros há de ser por número.

No livro de E. PHILIP VICAT *(Vocabularium juris utriusque,* II, 284), frisa-se que os jurisconsultos chamam

"species" aos corpos singulares (apud iurisconsultos singula corpora significat). Mas, em verdade, o que importa é que se possa discriminar o que se tem de prestar, ou que se pode exigir, como o vinho que está na adega (veluti si vinum, quod in apothecis est), ou o dinheiro que está na arca (pecunia, quae in arca est).

Na L. 8, § 24, D., *de transacionibus,* 2, 15, ULPIANO fala de gêneros alimentícios e da permissão de se comutarem espécies, quando se deixou, por morte, para alimentos espécies alimentícias. Não se feriria a verba teztamentária com a operação dentro do gênero.

Na L. 80, D., *de diversis regulis inris antiqui,* 50, 17, é de PAPINIANO: "Tn toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem derectum est". Em todo o direito, o gênero é derrogado pela espécie e se tem como mais relevante o que se dirige à espécie. Por quê? Porque a espécie discrimina mais do que o gênero. Se quero certa espécie de café do pôrto de Santos, não quero qualquer café do pôrto de Santos, como, se quero qualquer café e posso escolher, apenas não serei constrangido a receber o pior, bem que possa escolher o melhor, e o vendedor não me poderá dar o pior, pôsto que me pudesse dar o médio ou o melhor.

2.PRETENSÃO AO ADIMPLEMENTO. O outorgado, em negócio jurídico, em que a prestação é em determinada quantidade ou número de bens do mesmo gênero, pode exigir, pela ação de condenação, que lhe sejam entregues bens do gênero apontado, da espécie e qualidade médias. Segundo o Código Civil, art. 874, a coisa incerta há de ser indicada, *pelo menos,* pelo gênero e pela quantidade. Quer dizer: pode ser indicada pelo *género,* pela *espécie,* pela *subespécie,* e pela *quantidade.* O que não basta é ser indicada só pelo *género,* ou só pela *quantidade,* porque, se E diz que compra a A *gêneros alimentícios,* não se sabe o que foi que êle comprou. O mais que se lhe permite é que compre z sacos de gêneros alimentícios, porque, talvez, *e. g.,* em emergência de calamidade, é o que êle pode carregar no único veículo que tem. O Código Civil, no art. 875, precisou o que se passa quando só se alude ao gênero e à quantidade: "Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o

contrário não resultar do titulo da obrigação. Mas não poderá dar coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor". No art. 961 prevê-se o caso de haver cláusula que dê a escolha ao credor.

O que o Código Civil, no art. 875, 23 parte, estatui é que se não preste abaixo da espécie média.

A indicação da espécie é tão importante que se pré-elimina a invocabilidade do art. 875, se foram ditos o gênero e a espécie, salvo se há subespécie, porque então se há de interpretar o art. 875 como regra jurídica dispositiva, contida em outra regra jurídica mais larga, também dispositiva: se ficou sem indicação o que se quer dentro de gênero, ou da espécie, ao outorgante é que cabe a escolha.

O uso do tráfico ou as leis especiais que classificam bens é que distribuem os bens por gênero, porém não seria possível que se lhes deixasse confundir gênero com espécie.

Se o objeto do negócio jurídico não é *bem determinado* (isto é, não é coisa certa, na terminologia das leis), ou só se indicaram o genero e a quantidade, *o que é o minimo para* a *menção do objeto,* ou se indicaram o gênero, a espécie e a quantidade, ou o gênero, a espécie, a subespécie e a quantidade, ou o gênero, a espécie, a subespécie, a subespécie de segundo grau e a quantidade; e assim por diante. Desde que se não cogitou de bem certo, o art.

875 incide.

Se o outorgante não presta o que prometeu, ou não o presta conforme o art. 875, 2.~ parte, há inadimplemento, ou adimplemento ruim, que inadimplemento é.

3.VÍCIO DO OBJETO NAS PRESTAÇÕES DE BENS GENÉRIcOS OU SUBGENÉRICOS. Pode acontecer que se preste do mesmo gênero e da mesma espécie e quantidade, porém haja vicio (está podre o arroz, o café está bichado), ou lhe falta alguma qualidade assegurada, pode o outorgado exercer a pretensão à redibição ou redução.

a-.

Tratando-se de bem que não é bem certo ("coisa certa"), discute-se se pode o outorgado, reclamando contra a entrega de bem com vicio do objeto, exigir que o outorgante preste, em substituição do bem viciado ou defeituoso, outro, que o não seja. Não há, no sistema jurídico

brasileiro, regra jurídica como a do § 480, alínea **1**a, a parte, do Código Civil alemão, onde se diz que "o comprador de coisa determinada somente quanto a seu 1~

gênero pode, em lugar da redibição ou da minoração, exigir que se lhe preste, no lugar da coisa viciada, coisa sem vicio". O que o outorgante pode fazer é purgar a mora, prontificando-se a prestar o que deveria ter prestado, mais os prejuízos decorrentes até o dia em que se prontificou a prestar (Código Civil, art. 959, 1). O que então preste o outor gante tem de ser examinado pelo outorgado, pois não mais há redibição ou redução (E. BÕTTICHER, *Die Wandlung ais Gestaltungsakt,* 63). Aliás, mesmo no sistema jurídico alemão, a pretensão a que substitua o bem prestado é a mesma pretensão de adimplemento (1<. BALLERSTEDT, Zur Lehre vom Gestaltungskauf, *Festsckrift flir* HANS CÂRL N!PPERDEY, 278 s.).

Ai, se o outorgado repele a substituIção ou a redução. Idem, se é o outorgante que a recusa.

Se o bem prestado não é do gênero que se mencionou, ou não é da espécie, ou da subespécie, há inadimplemento, e não prestação com vício do objeto. *Sempre que o outorgante sabe que o outorgado não ficaria com o bem,* o caso é de pretensão ao adimplemento, e não à responsabilidade por vícios do objeto (cf. E. VON CAEMMERER, Falschlieferung, *Festschrift fitr* MARTIN WOLFF, 3 5.; Pn. HEcK, *Grundriss des Schuldrechts,* 278; Fa.

LEONHARD, *Besonderes Sclzuldrecht,* 82).

4.INDENIZAÇÃO DE DANOS. Se o outorgante entregou o bem, viciado, como está, pode o outorgado preferir a indenização dos danos, em se tratando de qualidade assegurada.

§ 4.237. Pretensão à redibição

1.NASCIMENTO DA PRETENSÃO À REDIBIÇÃO. A pretensão à redibição nasce quando o outorgado recebe o bem com vício do objeto. Por isso mesmo, a lei fixou prazo preclusivo, que nada tem com o conhecimento do vício (o art. 178, § 29, e § 59, IV, do Código Civil é explícito). Assim, a pretensão pode nascer sem que outorgado sabia que nasceu, pois também não sabia que havia o vicio do objeto. No momento da preclusão, o outorgado, que tem de conhecer a lei, sabe que, se vício do objeto havia, a pretensão à responsabilidade por

vício do objeto precluiu.

Em virtude do exercício da pretensão à redibição, irradiam-se outras pretensões, que são correspondentes às relações jurídicas de liquidação. São pretensões a relações derivadas *da redibição,* e não pretensão à *redibição* ou relações de que essa surge.

A admissão da redibição pelo outorgante pode ser *expressa* nu *Moita.* Tácita, por exemplo, se o outorgante devolve a contraprestação. A devolução parcial somente significa admitir a redibição se o objeto é divisível e o outorgado apenas se referira a parte dêle (M. E. ECCIUS, Die Gexvãhrleistung wegen Mãngel der Sachs, *Gruchots Beitrdge,* 43, 830; TRIELE, Pie Vollzierung der Wandelung und der Minderung nach dem EGE., *Árch,iv fúr die civilistische Praxis,* 98, 412; diferente, E. ECx, *Vortrãge,* 1, 458). Não é admissão da redibição reconhecer-se a nulidade ou a anulabilidade *(e. g.,* por êrro) do negócio jurídico. Ai, rege o art. 158 do Código Civil.

Não é de redibição negocial a convenção cláusula de mudança do objeto pela qual o outorgante se vincula a substituir o bem entregue ou a ser entregue (PAUL OERTMANN, Pie Umtauschklausel, *Seu fferts Ruiitter,* 71, 699).

2. CoMo SE OPERA A REDIBIÇÃO. A redibição não se exerce por declaração unilateral de vontade, nem por simples comunicação de conhecimento do vício do objeto, por parte do outorgado, mas sim por ato de reconhecimento do outorgante, posterior ou anterior, à manifestação do outorgado, ou pelo exercício judicial na pretensão à redibição.

Se o outorgado comunica o fato e a) escolhe a redibição, ou *b)* deixa ao outorgante a escolha (o que lhe é facultado) entre a redibição e a minoração da contraprestação, ou o outorgante reconhece o fato, ou não o reconhece. No caso a), o reconhecimento tem por feita a redibição, devido ao *acôrdo* nela.

Xo caso 10 o reconhecimento tem de ser seguido da escolha.

Se não houve essa, nem por isso se pode negar o efeito de prova

e de reconhecimento do exercício tempestivo da pretensão.

O que perdura é a alternatividade: a escolha volveu ao outorgado.

Aqui, temos de mencionar duas teorias em matéria de Redibição: a

teoria contratual da redibição e a *teoria da* **a-.**

restauração. Na doutrina alemã

fala-se

de *Vertragstheorie,* conforme II. DERNBURG, E.

GOLDMANNLILIENfl{AL e F. ENDEMANN, e de *Herrstellungstlzeorie,* a que se prendem, de um lado, *e. g.,* P. OERTMANN *(Das Recht der Schuldverhiiltnisse,* 186 e 190), FR. LEONHARD *(Besonderes Sckuldrecht, 68)* e KARL LARENZ *(Lehrbuch. ules Schuldrechts, II,* 48); e do outro, acertadamente, M. E. ECCIUS (Pie Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB., *Gruchots Beitrãge,* 48, ais s.), Fit. HAYMANN, *Anfechtung, Sachmiingelgewähr und T/ertragserfúllung,* 46, 509), 1". LANGHEINEKEN, *Ans"pruch~ und Einrede,* 215 s.), W. BIERMANN, Pie Klage des mandelungsberechtigten Käufers nach dem Rechte des BGB., *Archiv fiir die civilistische Praxis,* 95 e 815 s.), L. ENNECCERUS-H. LERMANN *(Das Búrgerliche Recht,* 1, 536 s.), E. SIBER (em C. PLANCK, *Kommentar,* § 462, 8), PALANDT *(B"iirgeriiúhes Gesetzbuoh,* **14**a ed., 479).

No direito brasileiro, a teoria contratual da redibição seria insustentável. Sempre se concebeu a pretensão constitutiva à redibição, para cujo conceito tende, agora, JosEr ESSER *(Lehrbuch des Schuldrechts,* 224 e 226), que, por isso mesmo, não vê razão para se falar de "prescrição", como ocorre no Código Civil alemão.

Na doutrina alemã, a concepção da pretensão à redibição como pretensão a que se conclua contrato de redibição ou de redução, portanto oferta, de modo que, não aceita, se tem por concluído o contrato, é artificial. Se estava nos *Protokoie,* ter-se-ia aí simples argumento obsoleto.

A pretensão à redibição ou à minoração da contraprestação existe antes de qualquer ato do outorgado, ou, talvez, antes de qualquer conhecimento do vício do objeto. Êle a exerce extra-judicialmente, ou judicialmente, pela ação de redibição ou de minoração da contraprestação, ou com a alternativa.

O outorgado não faz *oferta.* Comunica o fato e *escol/te,* o que é manifestação de vontade. Se o outorgante acolhe o que alega o outorgado, dá-se o que se há de esperar segundo as regras jurídicas de restituição redibitória. Não se precisa de pôr o outorgante,

judicialmente, diante do dilema: restituir a contraprestação, ou ser condenado. A sentença é *sentença fluo constitutiva,* não é declarativa, pôsto que tenha eficácia *ex tune;* a condenação já supõe que se deu a redibição.

3.PLURÀLIDADE DE BENS E VICIo DO OBJETO. A redibição por vício do bem principal estende-se aos bens acessórios (cf. Código Civil, arts. 58-64). Cf. Tomo li, § 142. Quanto às pertenças, depende do uso do tráfico (Tomo II, §§ 143-149).

Se o objeto do negócio jurídico consistir em dois ou mais bens, sem se determinar o que seria principal e o que não o seria, sendo global a contraprestação, e um dos bens tem vício do objeto, somente a respeito do bem viciado se pode pedir a redibição. A redução do preço global faz-se, ai, segundo a relação em que estaria, ao tempo do negócio jurídico, com o valor dos bens sem vícios do objeto o valor do bem com vício do objeto.

4.RESPONSABILIZAÇÂO E LIQUIDAÇÀO DA REDIBIÇÃo. Se o outorgado suscita a redibição, tem êle de prestar o que recebera. Se, porém, o bem pereceu, por fOrça maior ou caso fortuito, em mãos do outorgado, não é êsse sujeito às regras jurídicas, a *contrario sensu,* dos arts. 865, 868 e 876 do Código Civil. Não se exclui a pretensão à redibição se o bem com vício do objeto perece por caso fortuito ou fOrça maior, O outorgado reclama a devolução da contraprestação sem ter de indenizar. *Aliter,* se, antes do exercício da pretensão à redibição, a deterioração, ou o perecimento, ou outra inoponibilidade de entrega, resultou de culpa do outorgado. Se o vício do objeto foi causado por transformação a que procedeu o outorgado, não há pensar-se em pretensão à redibição, nem à minoração da contraprestação; se a transformação, prevista pelo tráfico ou pelo negócio jurídico, apenas revelou o vício do objeto, há pretensão à redibição.

O outorgado tem de restituir proveitos, rendas, dividendos e bonificações que emanaram do bem e pode exigir os gastos necessários que fêz, sendo de invocar-se, aqui, as regras jurídicas sObre gestão de negócios alheios.

O cumprimento de tOdas as obrigações emanadas da redibição tem ser toma-lá-da-ca.

O outorgante, se o outorgado não entrega o bem viciado, pode pedir fixação de prazo para que o outorgado cumpra, sob pena de se tornar

ineficaz a redibição.

5.PRESUNÇÃO DAS PRETENSÕES NASCIDAS DA REDIBIÇÃO.

A redibição dá ensejo a que tudo se restitua como se resolvido por vontade dos figurantes tivesse sido o negócio jurídico. Tudo ocorre *ex tuno.* As prestações recebidas têm de voltar a cada figurante que as fêz. Abre-se a fase da liquidação. Há indenização dos danos causados ao objeto prestado, ou em caso de perda ou outra inoponibilidade de devolução, bem como do que consistiu em serviços ou consumo.

As pretensões oriundas da redibição nada têm com a preclusão que a lei fixara para a redibição. É preciso que se não confunda o *prazo preclusivo* para a pretensão à responsabilidade por vício do objeto com as pretensões que se **a-.**

irradiaram do exercício daquela pretensão (certo, E. BÕTTICHER, *Die WandUtng ais Gestaltungsakt,* 28 s.).

6.PLURALIDADE DE OUTORGADOS E PLURALIDADE DE OUTORGANTES. Se no negócio jurídico figuraram dois ou mais outorgados, todos os outorgados podem pedir a redibição, mas, se há pluralidade de outorgantes, só se exerce a pretensão perante ou contra todos os outorgantes. Se para um dos outorgados se extingue a pretensão à redibição, extingue-se para todos.

§ 4.238. Pretensão à diminuição do quanto contraprestado

1.PRESSUPOSTOS. O primeiro pressuposto é o de haver vício do objeto. O segundo, o de ter ocasionado diminuição do valor.

(Tem F. PRINGSMEIM, Das Alter der aedilizischen *adio quanti minoris, Zeitschrift der Savign~-Stiftung,* 69, 234-301, por inadmissível que se deva aos reelaboradores pré-justinianeus de textos postos no Digesto a *actio quanti minoris,* suposição de E. MONIER. Para êle, trata-se de evolução necessária da *acUo redki bit orla,* devida à atividade criativa pretória. A prova mais forte está em que, no edicto relativo à venda de escravos, não se fala da *actio quanti minoris,* mas dela se cogita no edicto que se refere à venda de bestiais.)

,Atende-se à diminuição em relação ao valor do bem como foi fixado no preço, ou à diminuição em re]ação ao valor do bem conforme a

avaliação do bem, abstraindo-se do preço?

O Código Civil não disse como se haveria de proceder.

As soluções possíveis seriam: a) considerar-se como valor a contraprestação paga, ou a pagar (o bem pode ter sido prestado antes da contraprestação), e reputar-se devido pelo que recebeu a contraprestaçâo, ou excluído ao que teria de pagar o outorgado, aquilo que se reputa *desvalorização; b)* avaliar-se o bem no momento da conclusão do contrato e avaliar-se após O vício, em número percentual, e o mesmo percentual, em relação à contraprestação, ser tirado a êsse; e) deixar-se tOda a missão aos peritos (cf. Código Civil espanhol, art. 1.486).

Nas fontes romanas, supôe-se a coincidência do preço com o valor ao tempo da compra-e-venda ("quanti minoris res fuerit", L. 88, pr., e § 18, D., *de ctedilicio edicto ei redhibitione et quanti minoris,* 21, 1; L. 25, § 1, D., *de exceptione rei mdicatae,* 44, 2; "quanti minorís empturus fuerit", L. 18, pr., e § 1, 11, *de actionibus empti venditi,* 19, 1; L. 82, § 1, Ii, *de evictionibus et dupicte stipulatione,* 21, 2).

A primeira solução seria injusta. Se, *e.* g., o bem valia *muzs* de dez por cento do que a contraprestação e a diminuIção de valor foi de dez por cento da contraprestaçâo, nada teria de ser diminuído. Se o bem valia *menos* de dez por cento do que a contraprestação e o resultado do vício do objeto foi de vinte por cento, o outorgado recebe mais do que vinte por cento do valor: recebe vinte por cento da contraprestação.

A terceira solução confia no arbítrio dos peritos, sem dizer como é que êles teriam de proceder, e surpreendeu que a adotasse 1W. 1. CARVALHO DE MENIJONÇA *(Doutrina e Prática das Obrigações,* li, 2.~ ed., 890). É o que está no Código Civil francês, art. 1.644: "Dans le cas des articles 1641 et 1643, I"acheteur a le choíx de rendre la chose et de se faire restítuer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, teile qu"elle sera arbitré par experts".

O abatimento é na contraprestação, mas o que se lhe retira é o que, em relação ao objeto viciado, foi tirado a seu valor. Se o bem valia 10 e o outorgado o adquiriu por 15, a diminuição de 2 no valor 10 é correspondente à quinta parte de 15; portanto, 3. Se o bem valia 15 e o outorgado o adquiriu por 10, a diminuIção de 5 no valor 15 é correspondente à terça parte de 10; portanto, a 3,33. Essa é a so1ução justa, porque atende ao verdadeiro valor do objeto e ao que o outorgado entendeu contraprestar.

No Código Civil alemão, § 472, estatui-se que, no que concerne à diminuição do preço (lá se diz "preço", porque só se está a falar de compra-e-venda), tem êle de ser reduzido na proporção que, na época da venda, teria sido entre o preço da coisa, se a teoria estivesse sem vício, e sem valor verdadeiro. Tem-se, portanto, em consideração o preço, o valor que teria o bem ao tempo do negócio jurídico, e a proporçao entre êsse e o valor diminuído há de ser a mesma que entre o preço e o que tem de ser reavido ou deduzido do que se teria de pagar.

2.EXERCÍCIO DA PRETENSÃO À DIMINUIÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO . A redução da contraprestaçâo não se opera automàticamente, nem basta a comunicação de conhecimento do vício do objeto, envolvida em escolha de uma das pretensões, para que fique reduzida a contraprestação.

As pretensões nascem com o fato da viciosidade do que se prestou, mas ou se exerce com a manifestação de vontade, firmada na comunicação do que se descobriu, para que o ortorgante *reconheca* o vício do objeto, ou tem o outorgado de propor a *ação, a* fim de se *declarar* que existe o vício do objeto e que dá ensejo à invocação do art.

a-.

1.101 do Código Civil ou do art. 1.105.

Levantou-se a questão de ser excluida a pretensão à diminuição do preço se o bem foi vendido, depois, por preço mais elevado (G. HANAUSEK, *Die Haftun.q des Verldtuf era,* 1, 182; II.WINDSCHEID, *Lehrbuoh,* ~ 9.~ ed., 689). O que se calcula é o que foi retirado de valor ao bem. A valorização de todo a bem é independente de avaliação do que se lhe diminuiu. Não se avalia a diminuição ao preço do dia da avaliação, mas ao preço do dia da operação . Seria sem razão avaliar-se o bem ao tempo da contraprestação e o prejuízo resultante do vício do objeto ao tempo da ação, ou, a *fortiori,* da execução.

3.PLURALIDADE DE OUTORGADOS E PLURALIDADE DE OUTORCANTES. Se no negócio jurídico há dois ou mais outorgados, cada um dos outorgados pode exercer, separadamente, a sua pretensão à diminuição da contraprestação contra cada outorgante. Todavia, feita a redução, nenhum dos outorgados pode mais pedir a redibição.

4.CoMo SE OPERA A MINORAÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO .

A redução do preço ou de qualquer outra contraprestação não se opera automâticamente. Há a pretensão à diminuição da contraprestação, devido ã desvalorização do bem. Se o outorgado a exerce, extrajudicialmente, é possível que o outorgante reconheça o vicio do objeto e restitua a parte da contraprestação, ou admita que não a pode exigir. Em verdade, declarando que reconhece, assim o vício do objeto como a redução que se há de fazer, não mais se precisa de sentença judicial, salvo para condenação a respeitar o que resultou do inadimplemento ruim. Se o outorgante não reconhece o vicio do objeto, ou não reconhece ser exato o quanto da diminuição do valor, tem o outorgado de ir a juízo, para a ação *quanti minoris.* Também aqui seria de repelir-se a *teoria contratual da minoração,* a *Vertragstheone.*

A pretensão à minoração, essa, nasceu com o vício, mesmo se o não conhecia o outorgado. O prazo preclusivo inicia-se com a tradição (Código Civil, arts. 178, § 2.0 e § 5,0, IV; Código Comercial, arts. 210 e 211).

§ 4.239. Vendas em hasta pública

1. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.106. Lê-se no art. 1.106 do Código Civil: “Se a coisa foi vendida em hasta pública, não cabe a ação redibitória, nem a de pedir abatimento no preço Na hasta pública, estão presentes os interessados e sabem que se promete a propriedade ou outra titularidade de direito sem vícios do direito, porém está ao exame dos que desejem lançar o objeto que se vai alienar. Não se compreenderia que se considerasse o vício do objeto causa de redibição, ou de minoração do preço, o vício do objeto que alguns, talvez todos menos um viram, e um não viu. Por outro lado não se compreenderia que fôsse responsável por vícios do objeto quem não ~ o “vendedor”: o dono do objeto com vicio do objeto.

Resta saber-se se o dono do objeto é responsável se, conhecendo o vicio do objeto, dolosamente ou culposamente silenciou, fazendo-se, embora esfera da hasta pública, em que não é o alienante, causador dos danos. Aqui, há a responsabilidade pelo ato ilícito absoluto (Código Civil, art. 159).

2. ABRANGÊNCIA. O art. 1.106 do Código Civil também incide em

caso de leilão extrajudicial ou outra venda extrajudicial, mas há a responsabilidade pelo dolo ou culpa (Código Civil, art. 159) e a anulabilidade por dolo (Código Civil, arts. 92-97).

(O art. 1.106 do Código Civil brasileiro não corresponde ao § 461 do Código Civil alemão, que só se referiu a bem gravado de penhor, ou, em virtude do § 806 do Código de Processo Civil alemão e da Lei sôbre Vendas públicas forçadas, § 56, parte **g a,** de penhora.)

§ 4.240. Pretensão à responsabilidade por vícios do objeto e outras pretensões 1.PREcISÕES. A responsabilidade por vício do objeto em sentido largo, vicio ou qualidade assegurada não é adimplemento da *dívida* do outorgante, conforme o negócio jurídico; apenas é prestação do bem tal *como* é ao concluir-se o negócio jurídico, ou *tal como* se previu que seja. Trata-se de *dever legal,* pois, devido a elementos históricos, assim se concebeu *(aliter,* „no tocante aos vícios do direito). O outorgado que não tem a pretensão de inadimplemento pode ter (e por isso se criou o instituto) a pretensão à responsabilidade por vícios do objeto. Ao outorgado que recebeu ainda lhe fica essa pretensão à prestação de garantia (FR. SGHOLLMEYER, Erfúllungspflicht und Gewährleistung fúr Fehler beim Kauf, *,flzerings .Iahrbiicher,* 49, 93 s.). Se o outorgado foi vitima de ato ilícito absoluto tem a ação de indenização se ocorreram os pressupostos do art. 159 do Código Civil; **a-.**

se não ocorreram, pode ter a pretensão à redibição ou redução da contraprestação.

Por outro lado, pode não ter o outorgado a exceção *non cdimpleti contractus,* inclusive a exceção *non rite adimpleticontractws,* porque, por exemplo, a impossibilidade do cumprimento bom ocorreu sem sua culpa (Código Civil, arts. 866 e 876), e ter a pretensão à redibição ou à redução da contra-prestação.

2.PRETENSÃO

DE

INDENIZAÇÃO

POR

INADIMPLEMENTO

E

PRETENSÃO

À

RESPONSABILIDADE POR VíCIOS DO OBJETO. A pretensão à redibição ou à redução da contraprestação pode existir ao mesmo tempo que a ação de indenização por inadimplemento ou por adimplemento ruim, que inadimplemento e, pois os objetos são diferentes, ou podem ser diferentes. De modo nenhum se pode invocar para as pretensÕes por inadimplemento, inclusive por adimplemento ruim, o prazo preclusivo do ad. 178, § 2.0, e §

5□0, IV, e do ad. 211 (art. 210) do Código Comercial.

Na doutrina alemã, ainda há discussÕes. Uns entendem que onde cabe a pretensão A responsabilidade por vícios do objeto não há dever do outorgante, de modo que não se pode falar de inadimplemento, *e.* g., FR.

SCHOLLMEYER (Erfúllungspflicht und Gewährleistung fúr Fehler beim Kauf, *Jkerings Jah,rbiicher,* 49, 93), Tu. SÚss *(Wesen und Rechtsgrund der Gewãkrlei,stu‟ng /1k Saehmãngel,* 225), FE. LEONHARD *(Resonderes Schuldreckt,* 80) e WERNER FLUME *(Eigenschaftsirrtum und Kauf,* 35 s.). Outros têm a pretensão à liberação de vícios do objeto como insita na pretensão ao adimplemento bom (KARL ABLER, Beiträge zum 1‟techt der Gewährleistung, *Zeitschrift flir das gesamie Handelsrecht,* 75, 452 5.; KORINTENBERG, Abschied von der Gewährleistung, *Justizblatt /1k den Oberlandesgerichtsbezirk Kôln,* II, 70 s.; LEO RAAPE, Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf, *Archiv /1k die civilistisofle Praxis,* 150, 482). É de repelir-se a afirmação de KORINTENBERG de ter o outorgado de exigir a eliminação do vício removível e considerar cumprido o negocio jurídico após a remoção. A remoção depende de entendimento dos figurantes. Ou se redibe ou se reduz. A remoção não está na alternativa legal:

depende de vontade do outorgante e do outorgado. Nem o outorgante pode tomar a si, unilateralmente, o ato; nem o pode exigir o outorgado, menos ainda tem o dever de exigir.

O vício do objeto pode estar no que se considera intrínseco ao cumprimento, à dívida do objeto, e pode estar fora.

Nem por isso a lei deixa de incidir. Somente quanto às *qualidades asseguradas* é que há a coincidência necessária: a cláusula de 8egurança ou de garantia de qualidade é cláusula do negócio jurídico.

3.EXERCÍCIO DA PRETENSÃO POR vicIo DO OBJETO ANTES DA „rnAnIÇÁO. Se há vício do objeto, o outorgado pode exigir, sempre, a redibição, ou a redução, haja ou não culpa do outorgante. Lê-se no art. 1.103 do Código Civil: "Se o alienante conhecia o vício, ou o defeito, restituirá o que recebeu com. perdas e danos; se o não conhecia, tão somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato". No art. 1.102 explicita-se:

"Salvo cláusula expressa no contrato, a ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime da responsabilidade (art. 1.103)".

A pretensão à redibição ou à redução nasce com a conclusão do negócio jurídico, sem se ter de atender ao estado ao tempo da tradição, porque, e somente porque, a êsse tempo, se o vício desapareceu completamente, seria injusto que se pudesse ir contra o outorgante. A infração do negócio jurídico é outro problema.

Se o vicio do objeto foi causado pelo próprio outorgado, antes ou depois da prestação, não há pensar-se em pretensão à redibição ou à redução a favor dêle.

A existência do vício do direito não determina, só por si, o nascimento da pretensão ai, a exceção de inadimplemento, por ter ocorrido adimplemento ruim. A pretensão e a exceção *non rite adimpleti contractus* têm outro suporte fáctico. A coincidência entre êles seria eventual.

Quanto à *recusa da prestação,* quem tem pretensão à redibição ou redução que pode ter nascido à conclusão do negócio jurídico pode recusar a prestação, invocando a *ratia legis* do ad. 1.101 do Código Civil, ou dos arts. 210

e 211 do Código Comercial. Quem poderá pedir, após a tradição, a redibição ou redução, pode pedi-las desde já.

Foi Oro VON GIERRE (Sachmãngelhaftung und Trrtum beim Kauf, *Zeitschrift fíir das gesamte Handelsrecht,* 114) quem o precisou. No mesmo sentido, WnNER FLUME *(Eingensckaftsirrtum und Kauf,* 38).

4.PRETENSÃO À ANULAÇÃO POR ÊRRO E PRETENSAOÀ REDIFIÇÃO ou REDUÇÃO . Se o bem tem vicio ou defeito, que o outorgado desconhecia, ou se lhe falta qualidade que fora assegurada, mas o outorgado achou que estava perfeita, ou com a qualidade assegurada, há êrro de qualidade, que se tem de apreciar segundo os arts. 86-91 do Código Civil.

Certamente, os resultados da anulação por êrro assemelham-se aos da redibição, mas, se o outorgante conhecia o **a-.**

vício ou o defeito, o outorgado tem mais interêsse na redibição, para obter as perdas e danos a que se refere o art.

~ lA- parte, do Código Civil. Todavia, o prazo preclusivo pode ter expirado e só haver a pretensão à anulação.

O exercício da pretensão à responsabilidade por vício do objeto não pré-exclui a propositura da ação de anulação por erro, salvo se é o mesmo o ponto sôbre o qual resultou coisa julgada material, ou os mesmos os pontos sObre os quais resultou coisa julgada material.

O exercício da ação de anulação por êrro pode ser proposto depois de precluído o prazo preclusivo sObre a redibição ou redução.

A coisa julgada material, na ação de redibição ou redução, somente pode ser oposta na ação de anulação por êrro, se foi decidido sObre *quaestio .facti* comum à sentença e ao pedido de anulação, ou Se ficou julgado que o outorgado *conhecia* o vício.

É de rechaçar-se a opinião dos que entendem que se exclui a anulabilidade por êrro na qualidade se houve transmissão do risco *(e. g.,* L. ENNECCERUS-H. LEHMANN, *Lehrbuch,* II, **85**~a ed., 445; PALANDT, *Blkgerliches Gesetzbueh,* 14.a cd., 468). Certo, WERNER FLUME *(Eigenschaftsirrtum und Kauf,* 134). O êrro provém do enunciado falso de que a pretensão de anulação por êrro nasça no momento de tradição, agravado pelo outro enunciado, segundo o qual a redibição e a redução se prendam a isso. A alusão à tradição somente serve ao início do prazo preclusivo (Código Civil, art. 178, §§ 2.~ e 59, IV; Código Comercial, art. 211).

5.PRETENSÃO À ANULAÇÃO POR DOLO E PRETENSÂO À REDIBIçÃo OU REDUÇÃO. Em caso de *dolo* do outorgante, surge a pretensão do outorgado à anulação do negócio jurídico.

Outorgante e outorgado podem ter essa pretensão. Aquele não tem ação por ignorar vícios do objeto, se o outorgado propôs, ou não, a ação por vícios do objeto (WERNER FLUME, *Eigen scha/tsirrtum und Kauf,* 148; KARTJ LARENZ, *Lehrbuch,* II, 54). Se o outorgante desconhecia qualidade valiosa do bem, tal que êle, se lhe fOsse conhecida, não concluiria o negócio jurídico, pode ter a pretensão a anulação por êrro como pode tê-la por dolo.

6. QUALIDADE ASSEGURADA. Se foi assegurada qualidade do objeto e falta essa qualidade no momento da entrega, há também a ação por inadimplemento. Se a qualidade já faltava ao tempo da conclusão do negócio jurídico, a *promessa* de *garantia* tem por eficácia a responsabilidade do outorgante, *mesmo sem culpa.* O

interêsse, que se apura, é o interêsse positivo. Quem promete garantia promete com abstração de dolo ou culpa. Se a qualidade desapareceu e reaparece ao tempo da entrega, não mais se há de pensar em responsabilidade pela promessa de garantia. Cf. Tomo XXII, §§ 2.740-2.741.

7. Douo DO OUTORGANTE. Em caso de dolo do outorgante, além das pretensões por vício do objeto, há a *ação de indenização,* conforme o art. 93, lA- parte, do Código Civil, concernente a perdas e danos por dolo acidental (quando, a despeito dêle, o negócio jurídico se teria concluído, embora de outro modo), e a ação de anulação segundo o art. 92 do Código Civil ou art. 129, inciso 4, do Código Comercial.

O silêncio malicioso, ou silêncio intencional (Código Civil, art. 94; cf. Código Comercial, art. 678, incisos 1 e 2), é dolo.

Os arts. 92, 93 e 94 do Código Civil são invocáveis quanto a negócios jurídicos comerciais.

A indenizaçáó é pelo inadimplemento, salvo se o bem fica com o outorgado, caso em que seria consistente no interêsse na existência da qualidade ou na inexistência do vício silenciado.

SObre redibição e anulabilidade, Tomo IV, §§ 439 e 450, 1, 2. Nas doações a esposos, Tomo VIII, § 939, 10.

Sobre o Código Civil, art. 1.097 (arras), e os vícios redibitórios, Tomo XIII, § 1.526, 2. SObre vícios redibitórios do bem dado em soluto, Tomo XXV. § 3.002, 2. Sôbre redibição e resolução, § 3.070, 5.

Nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 22 (Lei de D. Duarte), pr. e §§ 1, 2, 3 e 4, pré-excluiu-se a pretensão à redibição a respeito dos cavalos criados em Évora e no seu têrmo, porque pululavam as demandas, e os compradores "se pretaê delles nos montes, e em caças, e em outros trabalhes, e lhes dannificavaô, e voem-lhos engeitar, e fazer demandas que lhes filhem, dizendo que são maaos, e fracos, e doentes, e maliciosos; e outras tachas muitas que lhes pooem, do que lhes recrecem demandas, e trabalhos, e occupaçooés em elías mais que em suas lavoiras, e em aproveitamento de seus beés". Quem quisesse vender cavalo, ou qualquer outra besta, em Évora ou no seu têrmo, tinha de vender ou trocar "simplesmente", ao que proviam as Ordenações Afonsinas por meio de regra jurídica dispositiva, que afastava a responsabilidade por vícios do objeto, "nenhúa malícia, nem eyba, nem doença, que depois em elIa seja achada, quer fosse patente, quer escondida ao tempo da compra, quer depois sobreviesse".

a-.

§ 4.241. Se existe, no direito brasileiro, a exceção de vício do objeto 1.COMUNICAÇÃO DA ExISTÊNCIA DO VÍCIO DO OBJETO. A comunicação ou aviso da existência do vício do objeto, dentro do prazo preclusivo, não o interrompe. Resta saber-se se gera *exceção* a favor do comunicante. Também a *propositura da ação* ou a *vistoria* judicialmente feita, com intimação do outorgante, gera a exceção. Responde-se afirmativamente.

1-lá regras jurídicas comuns à exceção de redibição e à de diminuição da contraprestação.

Não basta a comunicação ou aviso em têrmos gerais ("a mercadoria está defeituosa", "alguns sacos estão estragados", "ao aparelho falta peça" ou "ao aparelho faltam peças"). Cf. L. ENNECCERUS-H. LEHMANN

(Lehrbuoh, 1, 2, 335, nota 9).

A razão para se admitir a exceção de redibição e redução, apesar do transcurso do prazo preclusivo, está em conciliação de duas *rationes legis: a)* o sistema jurídico tem por vicio, com a tutela edilícia, proteger os outorgados a que os vícios ignorados do objeto causem dano; *b)* a tutela edilicia não deve ser por muito tempo, para que não se deixe em perplexidade ou em estado de o outorgante poder ser surpreendido pelo exercicio da pretensão. A exceção de redibição e

redução sêmente se há de justificar se, com a comunicação ou o aviso ao outorgante, dentro do prazo preclusivo, se satisfez b) ; mas a sua existência atende, por si só, a *a).*

2.EXCEÇÃO DE REDUÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO. Quanto *à exceção de minoração da contraprestação,* todos os argumentos. são a favor da sua existência.

a)O adquirente tem as ações edilícias de vício redibitório (arts. 1.101-1.106), sujeitas a prazos preclusivos (art.

178, §§ 29 e 52, IV). Tem a ação do art. 1.135, se a venda foi à vista de amostras, ação que não está sujeita a prazo preclusivo. ~ de discutir-se se tendo o adquirente comunicado ao alienante a existência de vício e vindo o alienante com a ação para haver o preço, pode o adquirente opor a exceção, a despeito da preclusão do prazo do art. 178, §§ 2.0 e 52, IV. No direito alemão, há o § 478: "Tendo o comprador avisado do vício o vendedor, ou, antes da prescrição da ação de redibição ou de diminuição, expedido o aviso, também pode, após completar-se a prescrição, se recusar a pagar o preço da compra, como seria a isso autorizado em virtude da redibição, ou da diminuição. Dá-se o mesmo quando o comprador, antes de se completar a prescrição, pediu a admissão da prova em juízo para segurança da prova, ou quando, pendendo pleito entre êle e adquirente posterior da coisa, por vício, denunciou o processo ao vendedor". Na alínea .a: "Tendo o vendedor dolosamente ocultado o vicio, não é **2**

preciso o aviso ou ato equivalente a êle segundo a alínea lA-". Cf. §§ 651 e 490, alínea **g a,** parte 1~

b) A exceção de que se trata já existe antes da preclusão das ações redibitória e diminutiva (FLECI-ITREIM, Aufhebungsanspruch und Einrede, *Gruchots Beitrdge,* 44, 85; E. SUPrES, *Der Einredebegriff des BaR.,* 23; O.

HoFFMANN, *fie Verjährung der Einreden,* 25; sem razão, C. CROME, *£ystem, 1,* 185 e 189; F.

FRIEDENTRAL, *Einwendunq nnd Binrede,* 46; M. ELECEL, *Der Begriff der Einrede,* 27 s.). Não é a preclusão da pretensão que faz exsurgir a exceção; existem, desde antes, as duas, quiçá as três, com a do art. 1.135. Uma se acaba,outra encobre com a exceção de prescrição; a exceção, que com elas concorria, continua tal como era. A exceção corresponde à ação por insatisfatório adimplemento do contrato.

c) O *aviso,* de que se trata, é exercício da pretensão, sem ser exercício por ação: o adquirente avisa que não foi cumprida, como devera, a obrigação do alienante; ressalva o seu direito, dando, no prazo, por não bem recebida a coisa. No aviso, caracteriza-se o vicio, e é óbvio que não bastariam expressões gerais ("não veio em bom estado a mercadoria", "tem defeito a mercadoria (ou parte da mercadoria) ", "a coisa estava arranhada" (cf. P.

OERTMANN, *Das Schzddverhdltnisse,* 461). A exceção fica; não mais pode o adquirente pleitear, porque precluiu o prazo para a ação, ou prescreveu a ação de insatisfatório adimplemento. Isso não importa dizer-se que se pré-exclui a ação declaratória da existência da exceção (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhdltnisse,* 8A-~4.a ed., 461; O. WARNEYER, *Komment ar,* 1, 815; sem razão, NISSEN, Em Beitrag zu § 478 8GB., *Juristisofle Wochenschrift,* 81, 865). Como se trata de exceção, o adquirente pode recusar o pagamento, porém não repetir nem tentar excluir do pagamento o que já foi pago (L.ENNECCERUS, *Lekrbuch,* J~, 31A--35A- ed., 389, nota 11). Se o adquirente, após o aviso, ou ato equivalente, paga o preço, renuncia à exceção; idem, se, depois do aviso, aceita letra de câmbio, ou assina nota promissória (O. WARNEYER, *Kommentar,* 1, 815), ou aceita duplicata mercantil.

d) O fiador, se o adquirente tem a exceção redibitória, ou *quanti minoris,* pode opô-la como exceção dilatória (art.

1.502; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhãltnisse,* 468; O. WARNEYER, Kommentar, 1, 815; como exceção não só dilatória, E. FUnis, *fie Gemeinschtidliúhlceit der konstruktiven <Turisprudenz,* 28; CARL

SCI-IAPER, Wesen und Wirkung der Wandelungseinrede, *Jherings Jahrbiicker,* 52, 297).

e) O problema do dolo do vendedor, no ocultar o vicio, é outro problema. A exceção é *doU,* dolo no ocultar o **a-.**

defeito, que obriga a satisfazer perdas e danos, se acidental (art. 93), ou não (arts. 92 e 94), e a êsse corresponde ação de anulação do negócio jurídico, ainda se partiu de terceiro o dolo (art. 95).

O dolo do representante dá a ação do art. 96 e a exceção de dolo.

As ações de indenização não estão sujeitas à exigência do aviso *(aliter,* no direito alemão, § 479).

8.ExCEÇÃO DE REDIBIÇÃO. Quanto à *exceção de redibição,* alguns partiram, para mostrar-lhe o fundamento de que "a cada pretensão à desconstituição corresponde exceção" (1". LANGHEINEKEN, *Anspruch und Finrede,* 239 e 297; RONRAD HELLwIG, *Lehrbuck,* 1, 254; NISSEN. Rechtsstellung des Kaufpreisbflrgen, *Juristisofle Wochenschrift,* 81, 565; JOSEF KOHIER, *Lehrbuch,* 1, 197) ; outros falaram de absoluta necessidade da exceção de redibição (M. E. ECCIUS, Pie Gewährleistung wegen Mängel der Sache, *Gruchots Reitrãge,* 43, 805 s.; cf. NISSEN, Em Beitrag zu § 478 BGB., *Juristische Wochenschrift,* 31, 565). Por seu lado, FLECHTHEIM (Aufhebungsanspruch und Einrede, *Gruchots Beitrãge,* 44, 86 s.) aludiu à proThição da chicana, no fundo à *exceptio doU generalis* (contra a alusão à proibição da chicana, que não daria ensejo a exceção, E.

MATTHIASS (Pie Wandlung nach dem EGE., *Deutsche Juristen-Zeitung,* VII, 208), a que tantos seguiram, como W. BIERMANN (Pie Kla~ge des mandelungsberechtigten Käufers, *Arehiv filr die civilistische Praxis,* 95, 330), ER. HAYMANN (Zur Frage nach der rechtliche Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruchers, *Gruchots Beitrage,* 46, 544), 3. U. SCHR6DER *(Zur Gewdh,rleistung wegen Sachmdngel beim Kaufe,* 112). Ainda se referiram a *dolus,* entre poucos mais, F. ENDEMANN *(Lehrbuch,* 1, §

161, nota 15), e C. MENSINO *(Reitrdge zur Lehre vom Wandlungs- und Minderungsans"pruch,* 59, nota 60).

Entendeu II. NEUMANN *(Handausgabe des* EGE., 1, nota ao § 465) que a exceção de redibição seria direito de retenção (cp. R. Kr~oss, Gewährleistung wegen Mängel und Fehler der Xaufsache, *Sãclzsisches Archiv,* IX, 291).

A exceção de vício do objeto somente pode ser oposta quanto à contraprestação a ser feita; não contra a contraprestação ou a parte da prestação já feita (L. ENNECCERUS- II. LEHMANN, *Lehrbuch,* 1, 2, § 111, III).

A exceção que existe é a de minoração da contraprestação se houve exercício, *antes da preclusão* da pretensão pela notificação do outorgante, ou se pediu a prova judicial do vício,. ou se notificou o outorgante do pleito que medeia entre o outorgado e o adquirente posterior.

Se houve dolo do outorgante, o que o outorgado pode fazer é propor a *ação de anulação por dolo,* se ainda não prescreveu.

A exceção de redibição ou redução apenas tem a finalidade de diminuir a contraprestação *ainda* devida, se o outorgante não prefere a redibição. Se a ação do outorgante é julgada, em parte, improcedente, por ter sido julgada favoràvelmente ao outorgado a exceção de redibição e restituição, de modo nenhum pode o outorgado exigir que se lhe devolva o que contraprestara. O que pode acontecer é que o outorgante prefira a redibição, uma vez que seria injusto que o outorgado se recusasse a pagar e quisesse, de qualquer maneira, ficar com a prestação.

Alguns juristas, *e. g.,* L. ENNECCERUS e E. LEEMANN, falam de haver *oferta de redibição* na oposição da exceção, mas isso é de certo modo escorregar para a teoria contratual da redibição.

Se o outorgado exerceu a pretensão antes de precluir a ação de redibição ou de minoração (opôs a exceção na ação executiva ou na condenatória proposta poucos dias antes), o pedido implícito de redibição pode ser julgado favorávelmente ao outorgado (cf. E. BõrncHn, *Die Wandlung ais Gestaltungsakt,* 49). Transcorrido o prazo preclusivo, o acolhimento da exceção deixa ao outorgante preferir a redibição.

O problema surge no caso de o outorgado ter exercido apenas a exceção de minoração da contraprestação, o que lhe é permitido. Aí, evidentemente, embora não o tenham visto os doutrinadores, não se pode pensar em redibição.

A redibição pode ser oposta como exceção na ação de cobrança contra o outorgado se houve, dentro do prazo preclusivo, qualquer comunicação eficaz contra o outorgante.

No Código Civil alemão, § 478, alínea 2Y, permite-se a exceção de redibição e de redução sem ter havido a comunicação ~Anzeige) ao outorgante, se êsse dissimulara dolosamente o vício. Não se pode introduzir, no direito brasileiro, sem regra jurídica escrita, tal exceção, mesmo porque se confundiria com a *exceção de delito* (Tomo VI, §§ 635 e 718, 5) ou *exceção de ilicito penal* (Tomo XI, §§ 1.249, 6, e 1.252, 12).

Assim, há o prazo preclusivo e dentro dêle é que se há de exercer a pretensão. O outorgado tem de exercê-la com interpelação judicial ou extrajudicial, ou outro meio que implique conhecimento do que se alega, por parte do outorgante. O prazo preclusivo não se refere à ação, mas à pretensão; a ação pode ser proposta depois, se dentro dêle foi regularmente exercida a pretensão.

a-.

Parte III. “Culpa in contrahenclo”, revogação , resolução , resilição e usura *r*

CAPITUI..o 1

“CULPA IN CONTRAHENDO”

§ 4.242. Conceito de “culpa in contrahendo”

1.NULIDADE E CULPA. Nos casos de nulidade, *por exemplo,* por ilicitude ou por impossibilidade da prestação, se o figurante, que seria devedor, ou outorgante, conhecia ou devia conhecer a causa da nulidade, tem de ressarcir os danos que o credor, ou outorgado sofreu com a decretação da nulidade, se não conhecera, nem teria podido, conforme o uso do tráfico, conhecer a ilicitude ou a impossibilidade da prestação. Trata-se de indenização do *interésse negativo,* dano derivado da confiança. Não pode a indenização ir além do *interêsse positivo,* isto é, do interêsse do outorgado no adimplemento do contrato, se tal contrato fôsse válido. Se A vendeu a B a máquina que se acha na alfândega, sabendo que, por falta do pagamento do impôsto de importação, já fôra posta em hasta pública a máquina, ou, pelo tempo, devia saber que tal hasta pública se teria de fazer, ou ignorando tudo isso, e se E ignorava, ou não, que a máquina estava exposta a essa hasta pública e vende a C a máquina, tem A de indenizar pelo não cumprimento. Se, porém, A sabia, ou devia saber, que a máquina, ao ser transportada para outro prédio da alfândega, caíra no mar, desaparecendo, ou fôra destruída em incêndio do barco, tem A de prestar o interêsse negativo, que não pode, *in casu,* exceder o que E ganharia com a venda a C. A devolve o que recebera e indeniza.

Não se pode dar a tal *direito à indenização* como fundamento à relação jurídica entre A e E, porque nenhuma relação jurídica *havia* entre êles: a nulidade existia. O fundamento está em que todos têm o *dever de verdade,* todos, nos negócios jurídicos, hão de comunicar o que sabiam

ou deviam saber ao ser concluído o contrato. É o *dever de esclarecimento,* a *Erlcldrungshaftung.*

Por existir o *dever de verdade,* ou *dever de esclarecimento,* cria-se entre os figurantes relação jurídica, que impÕe a quem negocia proceder como as pessoas honestas procedem. Se A sabia que a tela, que vendera a E, fôra destruída no incêndio da exposição, e nada disse a E, infringiu o dever de verdade.

A responsabilidade pela *culpa in contraflendo* pode ocorrer mesmo se não se chegou a concluir o negócio jurídico bilateral, como se não se passou de punctaçôes, que deram despesa ou prejuízo ao futuro figurante.

Mais:não só o *dever de verdade* ou *dever de esclarecimento* dá ensejo a responsabilidade pela *culpa in contra flendo.* A conduta de um dos futuros figurantes, ou de um dos figurantes, pode ter causado danos sem violação do dever de verdade. É o que ocorre se alguém está a examinar o objeto que vai comprar e lhe arrebenta uma das partes, ou o mancha, ou o torce, ou de qualquer modo o danifica. Quem recebe o objeto para ver se lhe convém a aquisição, ou quem, para examiná-lo, visita o depósito, ou a fábrica, tem de conduzir-se com todo o cuidado. Foi *iii contrahendo* que o futuro figurante, ou o figurante, lesou o outro. Infringiu *dever de conservação.* Sem razão, quis exclui-lo H. HTIJDEBRANDT *(Die ErklarungsIzaftung,* 93 5.).

O *dissenso oculto* (~ informação ou expressão de um que fêz o outro figurante crer na existência de algo que não existe, ou na inexistência de algo que existe) também pode determinar responsabilidade pela *culpa in contrahe*"*ndo,* mesmo se o contrato não se conclui *(e. g.,* B, diante do anúncio com a descrição, ou da carta do comerciante, se transportou de São Paulo para o Rio de Janeiro). Cf. L. RAISER (Schadenshaftung bei verstecktem Dissens, *Archiv flir die civilistische Prazis,* 127, 1 s.).

Assim, podemos ter o conceito de *culpa in contrahendo. Culpa in contra/tendo* é tôda infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo. O uso do tráfico cria tal dever,

que pode ser o dever de verdade, o dever de diligência no exame do objeto ou dos elementos para o suporte fáctico *(e. g.,* não deixar que o documento caia da janela e se perca), exatidão no modo de exprimir-se, quer em punctações, anúncios, minutas ou informes. Cf. Tomos II, § 225, 8; III, § 309, 2; IV, §§ 388, 8, 8, 412, 5, 440, 4; V, § 543, 9; VI,

2.NATUREZA DA RESPONSABILIDADE. Primeiramente, havemos de repelir a *teoria do contrato tácito de responsabiUduxde,* bem como a *teoria da responsabilidade por analogia.* O que e~ verdade se passa é todos os **a-.**

homens têm de portar-se com hontidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resul am *relações jurídicas de confiança,* e não só *relacões morais.* O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato. Não há, porém, contrato tácito, nem negócio jurídico unilateral, que esteja à base da relação jurídica de confiança (sem razão, II. S¶roLL, Die Haftung fifr das Verhalten wãhrend der Vertragsverhandlungen, *Leipziger Zeitschrift,* 28, 532). O que há é dever de segurança do tráfico, como há o dever de não pôr nos caminhos objetos que possam provocar quedas, de guardar os animais e de fechar as torneiras na casa que se visita, ou nos bares ou nos restaurantes, ou em qualquer parte.

Não há qualquer relação jurídica contratual durante os tratos preliminares, as discussões e os acertamentos em pormenor. Não há, portanto, pensar-se em infração de dever oriundo de negócio jurídico (ERMAN, Eeitrãge zur Haftung fOr das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, *Archiv fiir die civilistise/te Prazis,* 189, 278 s.). Se o contrato não chegou a concluir-se, contrato não houve, nem há. Se o contrato nulamente se conclui, nenhuma eficácia se irradiou. O que há é a *relação jurídica de trato, de negociação* (Verhandlungsverhãltnis). Não há pensar-se em pré-eficácia do contrato, porque o contrato ou não se concluiu, ou se concluiu e é nulo (sem razão, por exemplo, II. STOLL, Die Haftung fOr das Verhalten wãhrend der Ver~handlungen, *Leipziger Zeitsehrift,* 23, 544). Não há qualquer pré-eficácia. Aliás, seria eficácia do não-ser.

O direito está cheio de regras jurídicas sôbre deveres de conservação e de verdade. Basta pensarmos em que o especificador de má fé, mesmo que seja de grande valor o que obteve, perde o seu trabalho, pois ao dono da matéria-prima pertence a espécie nova (Código Civil, art. 612, § í.~). O especificador, que pintou ou esculpiu, adquire a propriedade, mas não se exime da responsabilidade pela indenização

(Código Civil, arts. 614 e 62).

Os deveres de comunicação, de explicação e de conservação nascem da necessidade de confiança, no tráfico. Não é peculiar aos tratos preliminares dos contratos, porque os que conhecem o perigo da estrada, ou da bomba que alguém colocou na ponte ou no carro, têm o dever de comunicar.

O hotel em que, no momento de alguém ir hospedar-se, cai no buraco que ficou, sem aviso, no corredor, é responsável pela *culpa in contra/ tendo.* Outrossim, se o futuro cliente é prêso, com as outras pessoas, por ser o hotel disfarce de emprêsa de contrabando ou de lenocínio, ou se havia a tolerância do hotel. Passa-se o mesmo com qualquer armazém, loja de objetos de luxo, ou outra emprêsa.

O dano pode ser à pessoa, como se o cão, que se ia comprar e não se disse que era perigoso, mordeu a pessoa que se interessava pela compra. Os vícios do objeto e os vícios de direito descobertos pelo futuro figurante ou pelo figurante do negócio jurídico nulo podem ser causadores do dano, como se êsse ou aquêle izera despesas que não teria feito se tivesse tido comunicação dos vícios do objeto ou dos vícios de direito.

Na locação de serviços e no contrato de trabalho pode haver a responsabilidade pela *culpa in contra/tendo.*

Nos casos de vícios do objeto ou dos vícios de direito, as regras jurídicas peculiares àqueles, ou a êsses, podem ser invocadas (1". RLEIN, *Anzeigepflicht in Schuldrech,t,* 121 s.).

Se o negócio jurídico seria *ineficaz,* ou sem tôda a eficácia que seria de esperar-se, como se não estaria livre e desembaraçado o bem, há a responsabilidade pela *culpa in contra/tendo* (cf. L. RUHLENBECK, Zur Lehre vom sog,. negativen Vertrags interesse, *Deutsche Juristen-Zeitung,* X, 1142 s.).

§§ 4.242 E 4.248. "CULPA IN CONTRAHENDO"523

§ 4.248. Regras jurídicas sôbre a responsabilidade por "culpa in contrahendo" 1.RESPONSABILIDADE E ATOS DE TERCEIROS. A responsabilidade é pelo que ocorreu *antes* de se concluir o contrato e ao *tempo* de se concluir. Tem-se de prestar o que sofreu o figurante outorgado, ou o que teria sido figurante, se o contrato se houvesse concluído e fôsse válido.

O futuro figurante ou figurante responde pelos danos que hajam resultado de pessoas que tenham de *presentação*

, ou *representá-lo,* ou *assisti-lo;* bem assim, pelos *auxiliares nos tratos preliminares, punetações, avisos, anuncios* e outros atos, mesmo que nenhuma cooperação possam ter na conclusão.

2.DEVERES No TEMPO ANTERIOR À CONCLUSÀO E N"O MOMENTO DA CONCLUSÀO. É preciso que se não confundam os deveres de cuja infração resulta responsabilidade por "culpa in contrahendo" e os deveres oriundos do pré-contrato. Aquêles não são de fonte contratual, mas sim de fonte anterior a qualquer contrato. A responsabilidade por infração de deveres oriundos de pré-contrato rege-se pelos mesmos princípios que a responsabilidade por infração de deveres oriundos do contrato. A responsabilidade por *culpa in contra/tendo,* **a-.**

quer antes da conclusão, quer no momento da conclusão do contrato ou do Pré-contraçao é independente de se ter concluído, ou não, o contrato ou o pre-contrato, e rege-se por outros princípios. A relação jurídica que corresponde ao dever de conduta honesta e leal não é *obrigacional:* não há obrigação de prestar. Tal obrigação somente exsurge quando se infringe o dever.

8.PRESENTANTE E REPRESENTANTE. A responsabilidade pela *culpa in contra/tendo* pode ser do presentante, do *órgáo,* ou do representante, sempre que tenha de ficar vinculado em vez da pessoa presentada ou representada. Dá-se o mesmo com o *gestor de negócios alheios.*

Também êles podem responder por *culpa in contra/tendo* mesmo se não se concluiu o contrato. Foram êles, ou foram também êles, os infratores do dever de conduta honesta e leal. ~ essencial às relações entre os homens e as pessoas jurídicas que se possa confiar. A necessidade de confiança cria a relação jurídica de quem trata para contratar. Cf. II. EICHLER *(Lhe Rechtslehre vom Vertrauen,* 18).

4.PRESCRIÇÃO E PRECLUSÁO . A prescrição ou a preclusão é a mesma que teria a pretensão da pessoa se tivesse havido o contrato e tivesse sido válido. Isso é de grande importância no que concerne ao art. 178, § 2.0 e §

5.~, IV, do Código Civil, ou ao art. 211 do Código Comercial.

CAPÍTULO II

REVOGAÇÃO

§ 4.244. Conceito e manifestações de vontade revogáveis

1.CONCEITO. Temos insistido em definir revogação~ para que se atenda a que se parte do mundo fáctico e se retira a *voz.* Tudo se passa como se se derrubasse a construção por se puxar para fora o que a sustenta. O que se revoga é a manifestação de vontade; a desconstituição do negócio jurídico é conseqüência. Revoga-se a manifestação de vontade que iria servir à conclusão do negócio jurídico (a oferta, Código Civil, arts. 1.080 e 1.081, IV; a aceitação, arts. 1.085 e 1.086, 1), como se revoga a manifestação de vontade que entra no mundo jurídico como negócio jurídico unilateral. Há, também, as revogações de manifestações de vontade que já compuseram negócios jurídicos, bilaterais e, até, plurilaterais. O Código Civil, arts. 1.181-1.187, cogitou da *revogação da doação.* Os arts. 1.316, ~, □a parte, 1.31"7 e 1.319, trataram da **1**

revogacão do mandato. Sôbre

revogação, Fomos 1, §§ 84, 36, 88, 2; II, § 236; III, §§ 249, 2, 4, 255, 3, 261, 805, 1, 814, 5, 817, 6, 820, 6, 821, 1; IV, § 365, 5; V, §§ 507, 531, 3, 584, 1; VII, § 779, 6; VIII, §§ 855, 8, 864; XI, §§ 1.206, 9, 1.244, 8, 1.248, 2; XII,

§ 1.414; XIII, § 1.489, 2; XV, § 1.728, 2; XXIII, §§ 2.808, 4, 2.807, 1, 2.812, 6,2.831; XXV, §§ 8.054,8, 3.075-8.077; XXXI, §§ 8.566, 1, 8.567, 1, 6, 8.575, 8.576, 8.604, 1, 3.688, 6.

A *nulidade* e a *anulação* concernem à validade. São espécies de invalidade. A resolução e a resilição, como a revogação e a denúncia, nada têm com o ser inválido o negócio jurídico.

O negócio jurídico válido pode ser resolvido, resílido, denunciado, ou revogado, se se compõem os pressupostos necessários.

A nulidade e anulação atingem quaisquer espécies de negócios jurídicos, unilaterais, bilaterais, ou plurilaterais. A resolução e a resilição só se podem dar a respeito dos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais.

A revogação, retirada da voz, concerne ao suporte fáctico. Não se resolve, vai-se, por bem dizer, ao mundo fáctico e de lá se puxa o que entrara no mundo jurídico. Pode ser que o negocio jurídico já se tenha bilateralizado, ou plurilateralizado *(II.* ISÀY, *Die Willenserkkirung im Tatbestande des Rechtsgeschdfts,* 64 s.), pode ser que ainda não, por se tratar de oferta ou de aceitação, e pode ser que seja unilateral o negócio jurídico *(e. g.,* promessa de recompensa). De regra, a revogaçáo é ato unilateral (cp. ERwIN TRAPPENBERG, *fie rechtliche Redeutung der K"iindigung,* 11). A revogação também pode ter eficácia *ex tuno,* ou *ex nuno.* O suporte fáctico persiste no tempo, como o negócio jurídico que dêle nasceu: o ato revocatório pode ser no momento *a,* ou no momento 6, salvo pré-exclusão legal ou negocial.

A revogação pode referir-se ao negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, ou ao negócio jurídico bilateralizável ou plurilateralizável, como ao negócio jurídico unilateral. A resolução e a resilição somente ocorrem quanto a negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais.

A revogação pode ser dependente de condição. Não assim, a resolução, a resilição e a denúncia (TUTELE, Die **a-.**

Rúndigung insbesondere bei Darlehen nach dem floR., *Archiv flir die dvilistische Praxis,* 89, 89 5.; W.

IMMERWAHR, *fie Kiindigung,* 168; W. Kíscn, *fie Wirkungen der naoh,trãglich eintretenden Unmõglichkeit der Erfillung,* 137).

2.RETRATAÇÃO E REVOGAÇÃO. Nas fontes romanas,

o verbo *retractare* tem emprêgo adequado e estrito. Fala-se de *retractatio erroris,* de *retractionis quaestio* e de outros atos jurídicos que são atos de retirada sem serem retiradas da *voz* em si mesma *(revogatio).* MODESTINO, na L. 10, IX, *de administratione rerum ad civitates pertinentiu-m,* 50, 8, fala de se poder retratar o êrro de cálculo mesmo após decênio ou vicênio, mas advertiu que, tendo havido graciosidade, não há retratação (= não se examinam de nôvo).

Na L. 31, *IX, de jurejurando sive voluntario sive necessano sive judiciali,* 12, 2, GAIO refere que, às vêzes, mesmo depois de prestado o juramento, se permite pelas constituições dos príncipes invocar de nôvo a causa, se alguém diz que encontrou novos instrumentos de que só desde agora use. pareceu-lhe que isso também tem lugar (hae

constitutiones time videntur locum habere) se alguém foi absolvido pelo juiz, pois soem os juizes, nas causas dúbias, prestado o juramento, julgar a favor de quem jurar. Mas, se houve negócio concluído com juramento, não há retratabilidade (si alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare).

Na L. 29, pr., D., *de jure fisei,* 49, 14, ULPIANO emprega *retract are* no sentido de volver a discutir a causa (plane si forte de retractanda causa agatur).

Na L. iS, § 1, D., *de diversis teinporalibus praescriptionibus et de accessoribus possessionum, 44,* 8, HERMOGENIANO enuncia que as contas da república subscritas e comprovadas não podem ser retratadas (=

revistas, reexaminadas) contra quem as administrou.

L.89, § 7, O., *de procuratoribus et defensoribus,* 3, 3, ULPIANO, depois de falar de quem exerce ação de outrem e da caução, que há de dar, de ratificação pelo dono do negócio (L. 39, § 1), porém não pelos credores (L. 39, § 2), e do pai que propõe a ação de dote, caucionando quanto A ratificação pela filha (L:~39, § 3) e espécies parecidas (L. 39, §§ 4-6), alude àquela em que o defensor do tutor suspeito tem de dar caução de ratifiEação, salvo retratação.

Na L. 45, § 8, O., *de iure fisci,* 49, 14, PAULo, está “tractatur” no sentido de se tratar a causa; e ai se apontou *retractatio,* como trato de nôvo da mesma causa.

Na L. 4, C., *de usucapione pro emptore vel transactione,* 7, 26, fala-se de retratar-se contrato que se ratificou.

Mas a elipse ressalta: retratar-se a ratificação que se fizera. Em todo caso, não se pode considerar acertado o conceito.

Na L. 1, § 8, C., *de revocandis donationibus,* 8, 55, há erro de terminologia, que tem sido apontado (cf. Tomo Na L. 6, C., *de restitutione militum et eorum qui rei publicae causa afuerunt,* 2, 50, emprega-se a expressão *retracta,* no sentido de desconstituição da compra-e-venda pelo presidente da província, e não pelo dono dos bens vendidos, quando êsse se achava em serviço militar.

A espécie da L. 10, § 1, D., *ad senatus consultum Tertuilianum et Orpluytianum,* 88, 17, não é de retratação (êrro era que incorreu B. PH. VICÂT, *Vocabularium juris utrius que,* IV, 191), nem lá se fala disso.

Na L. 32, § 14, IX, *de receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dieant,* 4, 8, a expressão "retractare" aparece em proposição interpolada. PAULO fala da exceção de dolo mau contra o árbitro, mesmo em caso de não caber apelação, e o interpolador acrescentou que em tal exceção há espécie de apelação, com o que se permite *retractare („1) de sententia arbitri.* É escusado comentar-se a impropriedade gritante.

catória nasce com o conhecimento do fato que determinou a revogabilidade, pois de tal data se conta o prazo prescripcional (Código Civil, art. 1.184), de jeito que a solução acertada seria a de se contar do conhecimento do fato, quando nasce a pretensão, ou do nascimento do direito à revogação, que é no momento do fato. Mas a revogação é retirada da *voz:* atinge o suporte fáctico. A restituição é de todos os frutos, desde a entrega do bem, *menos* as despesas.

A revogação do mandato opera-se pela manifestação unilateral de vontade, com a ressalva dos direitos de terceiros apontada pela lei.

Temos, pois, que a ação de revogação da doação é constitutiva negativa, com eficácia *ex tino.*

§ 4.245. Modo de revogar e eficácia da revogação

1. MODO DE REVOGAR. Ou a revogação se opera por simples ato do manifestante da vontade, ou há pretensão e ação para que se tenha como revogada a manifestação de vontade. Não se revoga doação por simples ato do **a-.**

doador. O doador tem de propor a *açâo de revogação da doação* (Código Civil, art. 1.184). No direito alemão, revoga-se a doação por ato de manifestação de vontade dirigida ao donatário (Código Civil alemão, § 581, alínea lYj.

2. EFICÁCIA DA REVOCAÇÁO . A ação de revogação da doação é pessoal e prescreve no prazo do art. 1.184

(art. 178, § 69, 1). Tem eficácia sentencial declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva, sendo as duas últimas as menores. Há, porém, o problema de se saber se a fôrça é declarativa, ou constitutiva. Se declarativa, a eficácia é necessàriamente *ex tuno.* Se constitutiva, resta precisar-se se a eficácia é *ex tunc,* ou só *ex nuno.* Porém ainda se teria de dizer se a eficácia *ex trino* partiria da data da

doação, ou da data da ingratidão, ou da litispendência. M. 1. CARVALHO DE MENDONÇA *(Contratos no Direito Civil brasileiro,* 1, 81) entendia que os frutos seriam devidos desde a litispendência.

CAPITULO III

RESOLUÇÃO E RESILIÇÃO

§ 4.246. Conceito e natureza dos fatos

1.Dois cONCEITOS. Resolver é desconstituir, sem ser vor invalidade, nem revogação. Há dois conceitos de resolução, um dêles é o de resolução *lato sensu* e abrange a resolução com eficácia *ex hino* e a resolução com eficácia *ex nuno,* mais pràpriamente chamada "resilição". Sôbre êsses pontos, Tomos 1, § 38, 1; III, §§ 253, 8, 261, 2, 270, 5; IV, § 418, 1, 480, 8; VI, § 28, 1, 670, 4; XIII, §§ 1.532, 2, 1.489-1.492, 1.437, 2, 1.587, 4,; XXIII,

§§ 2.772, 12, 2.809, 7; XXV, §§ 8.004, 6, 8.026, 7, 8.029, 1, 3.082, 2, 8.035, 3.043, 4, 3.050, 2, 3.054, 6, 3.078, 1, 3.083, 3.086-3.094; XXVI, §§ 3.130, 3.135, 5, e 3.159, 5.

Os dois conceitos já foram precisados, repetidas vêzes. Desde que falamos de resolução e de resilição, necessàriamente eliminamos do sentido de resolução aquelas espécies em que a eficácia é só *ex nunc.* O que se resile só se resolve no que ainda se pode resolver.

A resolução e a resilição podem ser em virtude de regra jurídica (ditas *resolução legal* e *resilição legal),* ou de negócio jurídico (ditas *resolução negocial* e *resilição negocial).* Se não dependem de exercício do direito ou pretensão, operam-se *ipso jure* (= automAticamente) ; se dependem, dizem-se *resolução voluntária* e *resilição voluntária.*

2.RESOLUÇÃO, RESILIÇÃO E DENÚNCIA NEGOCIAL. A regilição voluntária é *denúncia.* A resilição negocial para o caso de algum evento *é denúncia cheia.* A resilição legal é, de regra, *cheia,* mas a lei estabelece resilições *vazias,* por atribuir a algum dos figurantes, ou a alguns, ou todos o direito e a pretensão de se afastar do negócio jurídico.

Reservam alguns o nome de denúncia para as resoluções e as resilições *com prazo* (F. FÕRSTER-M. E. EcCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechis,* II, 190). Denúncia sem prazo ou é resolução ou resilição, simplesmente. Em verdade, a resilição dependente de manifestação de vontade, haja prazo ou não o haja, é *denúncia* (TRIELE, lEMe Kflndigung, insbesondere boi Darlehen nach dem BGB., *Arch,iv fúr die civilistische Praxis,* 89, 86 s.). Assim, a resilição voluntária, seja vazia, seja cheia, denúncia é. Não se há de confundir com a resilição por falta de adimplemento, que resulta do art. 1.092 do Código Civil.

A extinção do direito de denúncia não importa a do direito de resolução, nem a do direito de resilição, se há os pressupostos para êsse, ou para aquêle (W. Kíscn, *Die Wirkungen der nachtrdglich eintretenden Unmõglichlceit der Erfüillung gegenseitigen Vertrdgen,* 147; 1. LITTMANN, *Das gesetzliche Riielctrittsrecht vom Vertrage,* 18).

O legitimado ativo exerce um ou outro, conforme o seu interêsse.

a.EspÉcie DE RESOLUÇÃO "LATO SENSU". A resolução e a resilição podem ser *negociais,* ou *legais.*

O direito de resolução, ou de resilição, pode resultar da *vontade dos contraentes,* ou *da lei.* Numa e noutra espécie, o direito de resolução, ou de resilição, é direito formativo (resolutivo ou resilitivo), de cujo exercício, por ato jurídico unilateral (declaração de vontade ao outro contraente, ou propositura de ação, conforme a espécie), provém a resolução, *Riicktritt,* que corresponde à resolução *stricto sensu,* ou à resilição, que é a resolução dos **a-.**

contratos que não podem ser resolvidos desde o início *(ex tufo),* por terem vínculo durável *(e. g.,* locação, contrato de trabalho, sociedade).

Pode haver resolução, ou resilição, do contrato social. Se as prestações sociais são apenas serviços, só se pode pensar em resilição. Se, em vez disso, há entradas em bens, a resolução é que se há de operar, pôsto que os contraentes fiquem com o que lhes foi entregue durante a eficácia do contrato.

4.DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO NEOOCIAL DE RESOLUÇAO E O DIREITO LEGAL DE

RESOLUÇÃO. Se os contraentes estabelecem que qualquer déles pode

resolver ou resilir o contrato, isto é, se se reservam o direito de resolução ou de resilição do contrato, ocorrendo certas circunstâncias (resolução *cheia),* ou se o entender (= a seu talante; donde ser *vazia* a resolução), houve convenção de resolução ou resilição, para todos êles, de que são efeitos o direito, a pretensão e a ação de resolução, ou de resilição.

Pode dar-se que só se crie para um, ou alguns dos contraentes o direito de resolução, ou de resilição, quer *cheia,* quer *vazia* ou *óca* (ao talante do titular do direito). Quase sempre, porém não sempre, o exercício do direito formativo resolutivo, ou resilitivo, é dependente de prestação de quantia, ou coisa, ou outro valor. Outras vêzes, o titular prestou algo, antes, para que se lhe conferisse tal direito formativo extintivo (resolutivo ou resilitivo). A convenção ou pacto, inserto no contrato, é que irradia êsse efeito, que é o direito formativo resolutivo ou resilitivo. (Não há confundir-se a restituição das prestações, que se tem de seguir à resolução ou resilição, com o que se *repete* em virtude de pagamento indevido, ou com o que se *restitui* com base no art. 158 do Código Civil.) O direito de resolução, oriundo de cláusula, exerce-se por meio de declaração de vontade, ou por meio de declaração de vontade com propositura de ação, à diferença do *mutnus dissensus,* qua chega aos mesmos resultados por declaração bilateral ou plurilateral de vontade. É inconfundível com a revogação, com a rtsolução por inadimplemento, com as denúncias e com as anulabilidades. Pode ser concebido como efeito de condição. A cláusula não precisa ser expressa; pode ressaltar das circunstâncias. Há *reserva tácita* quando, por exemplo, a contraprestação havia de satisfazer a certas exigências e sem ela se tornaria inútil a prestação, ou quando se disse que o comprador poderia, dentro de certo prazo, mudar de vontade, ou se trata de imóvel destinado, segundo os têrmos do contrato, a certo plantio, para o qual vendedor e comprador, ou sócios, não estão certos de que sirva (O.

WARNEYER, *Kommentar,* 1, 621).

A reserva de resolução, ou de resilição, pode ser concluída simultânea ou posteriormente ao contrato a que se refere. Se a têrmo, ou sob condição, somente pode exercer-se depois do advento daquele, ou dessa. A resilição extingue a relação jurídica *ex nunc,* isto é, somente para o futuro. Ambas se distinguem da revogação, que é retirada da *voz* (manifestação de vontade) ; *à* diferença de resolução e da resilição convencionais, razão por que o contraente contra quem se exerce a revogação só restitui aquilo com que se enriqueceu, ou segundo regra jurídica especial (Código Civil, art. 1.186). Também se distinguem da

declaração de que se recusa a prestação e se exige indenização, porque, ai, se supõe subsistente a eficácia do contrato. Do pedido de decretação de anulação, porque essa tem como pressuposto a existência de vício que desde o comêço atingiu o ato jurídico.

5.EFICÁCIA DA RESOLUÇÁO E DA RESILIÇÃO. A resolução por inadimplemento, incluído, evidentemente, o adimplemento ruim, obtém-se mediante manifestação unilateral do interessado, que é *constitutiva,* pois, em geral, se tem de interpelar para que se constitua em mora o devedor, ou *declarativa,* se a mora foi automática (Código Civil, art. 960) .~ Se o outro figurante não atende, há a *ação de resolução* ou a *ação de resilição,* que correspondem à *pretensão à resolução* e à *pretensão à resilição.* O fito é o restabelecimento do *status qua.* O que se recebeu tem de ser restituido. Se houve serviços já prestados, ou consumo ou uso de alguma coisa, satisfaz-se o valor dessas prestações, mesmo se não foi preestabelecido o que se haveria de prestar em caso de resolução ou de resilição.

Com a resolução ou a resilição nasce relação jurídica legal de liquidação, com os deveres, pretensões, ações e exceções que dela se irradiem. O cumprimento tem de ser simultâneo. O que era antes, como direito, pretensão, ação ou exceção, não é mais. Cessaram as obrigações contratuais. Agora, o que faz nascerem obrigações é a resolução ou & resilição. Não se podem invocar regras jurídicas que concerniam ao inadimplemento mesmo, se resolução ou resilição não tivesse havido. Todavia, se houve *danos,* por infração contratual positiva, a ação que daí nasceu não fica excluida pela resolução ou pela resilição, porque, *ex hypothesi,* os danos estão compreendidos nas "perdas e danos" a que se refere o art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, sem o quê não haveria restabelecimento do *status quo.* Dá-se isso mesmo em caso de resilição. Dois exemplos, respectivamente: o dano sofrido pela prestação de animais com moléstia contagiosa; o dano sofrido com os canos que arrebentaram e inundaram as salas, após a entrega da casa ao locatário.

a-.

Tem-se de repelir a opinião de H. STOLL, que considera as relações jurídicas oriundas da resolução como subsistência das relações jurídicas contratuais. Por isso mesmo, se, a despeito da resolução, parecem persistir as obrigações que resultaram do contrato, a ligação é só aparente, porque o restabelecimento do *status quo* não se refere só ao que foi prestado e ao que se recebeu, mas ao estado patrimonial

que era. Os deveres de diligência e os de indenização de danos causados por vícios do objeto ou por vícios de direito *(e. g.,* despesas com a constrição pedida por terceiro) não são os do contrato: são *posteriores,* nascem da resolução ou da resilição, como os que teriam.

nascido antes do contrato, por *culpa in contra flendo.* Assim nem tem razão H. STOLL nem tem razão KÀRL

LARENZ que o criticou e supõe que, em alguns pontos, as relações jurídicas. contratuais continuam. Aquêle se aferrou à transformação das relações jurídicas contratuais; êsse, à subsistência de algumas delas. De modo nenhum; a resolução ou a resilição operam no todo e nada resta, nem *transformado,* nem *ao lado.*

No direito comum havia direito de resolução ou de resilição se a prestação não mais era de utilidade para o credor (RODERT TÍ5RcRE, *fie RiJo Ictritt von zweiseitigeit Vertrãgen wegen Sãu,nnis von der and eren Seite,* 7 5.; JAXOBSOHN, *Rilclctrittsrecht des GWubigers in* mora debitoris, 35, 39 s.). Hoje, tal direito de resolução ou de resilição sêmente pode resultar de cláusula negocial, ou de pacto adjecto.

A propósito da resolução, há a *teoria da eficácia direta:*

a relação jurídica desfaz-se e perde fundamento qualquer direito, pretensão, ação ou exceção *(causa finita!).*

Assim, PAULOERTMANN, KONRAD COSACK, L. ENNECCERUS, E. GOLDMANN

-L. LILIENTI-IAL, *E*". LANGIIEINEREN, L. KUHIENBECK. A *teoria da eficácia indireta,* que é a de L.

COHN, H. DERNEURO, CÂRL CROME, F. ENDEMANN e outros, sustenta que a relação jurídica permanece e apenas nasce a pretensão à restituIção. A terceira teoria é a *teoria intercalar,* segundo a qual não se opera *ipso jure* a resolução: apenas há pretensão à resolução ou à resilição (KONRAD HELLWIC, Tu. Kwr, E. *SEGNEL,* HEINLiICH STOLL). „Cf. Pu. HECK *(Grundriss des S*"*chuldreckts,* 155).

A ação de resolução e a ação de resilição são *ações constitutivas negativas,* e não *declarativas.* Mas resolveu-se o contrato, isto é, resolveram-se as dívidas, o que somente concerne à eficácia. Vai-se ao *status quo ante.* Ou a lei ou a vontade fêz nascer a pretensão à restituIção. Estende-se para trás a pretensão (cf. RARL LARENZ, *Lehrbuok des Sch>uldreclzts,* 1, 248; SOSEF ESSER, *Lekrbuch des Schuldrechts,* 171). A referência a volver-se é assaz significativa. A

fiança e as outras garantias subsistem (cf. ERNST WOLF, Rúcktritt, Vertretenmússen und Verschulden, *Arckiv fiir die civilistisofle Prarnis,* 158, 103). A vinculação em virtude do contrato existiu e o contrato subsiste, com a particularidade de ter de ser restituído o que foi prestado. Mesmo se há resilição, a relação jurídica dura-doura foi atingida, pôsto que a vinculação haja para as conseqtiências da resilição. Não é sem certo alcance comparar-se a responsabilidade pela *culpa in contra/tendo* com a responsabilidade na resolução e na resilição (HEanoLz, Das Schuldverhãltnis ais konstante Rahmebeziehung, *Archiv flir die eívzlzstzsche Praxis,* 180, 276), pôsto que não haja identidade.

Ali, ia-se contratar, ou se ia vàlidamente contratar; aqui, contratara-se, e ocorre o exercício da pretensão à resolução ou .ã resilição.

§ 4.247. Resolução "lato sensu" negocia!

1.RESERVA DO DIREITO DE RESOLUÇÃO. Nos negócios jurídicos bilaterais, podem os figurantes prever a resolubilidade negocial. Se o titular da pretensão à resolução a exerce, têm os figurantes de restituir, cada um de sua parte, o que em virtude do negócio jurídico, ora resolvido, haviam recebido. Se alguma prestação consistiu em serviços, ou em dação de uso de alguma coisa, ou de consumo, tem de ser restituído o valor, se não se preestabelecera como se daria a indenização.

Na resolução negocial, tem o que prestou pretensão a indenização por deterioração, ou uso indevido, ou perda ou outra impossibilidade de restituir, se ocorreu após o recebimento, à semelhança do que se passa entre o possuidor e o reivindicante, na ação de reivindicação.

Também se hão de restituir rendas, dividendos e bonificações ligadas ao que fôra prestado, sendo de notar-se que os recebimentos de dinheiro dão ensejo à fluência de juros legais ou dos juros previstos no negócio jurídico.

As restituIções se passam toma-lá-dá-cá. O ad. 1.092, 1.8 e 2.8 alíneas, do Código Civil é invocável.

2.RESOLUÇÃO "LATO SENSU" EM VIRTUDE DE TÊRMO . A resolução e a resilição podem resultar de têrmo resolutivo ou de condição resolutiva, e operam, de regra, automaticamente .

a-.

§ 4.248. Resolução e resilição por inadimplemento

1.PRETENSÃO À RESOLUÇÃO. Lê-se, no ad. 1.092,

parágrafo único, do Código Civil, que "a parte lesada pela inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos". O têrmo "rescisão", aí êrro crasso, deve ser evitado. De "resolução" é que se trata.

O devedor ou tem de cumprir antes da prestação pelo outro figurante, ou simultâneamente (toma-lá-dá-cá). Se somente teria de prestar depois, em falta incorreu o outro figurante. Contra êsse, há a *pretensão ao adimplemento,* a *pretensão à indenização* e a *pretensão à resolução por inadi,nplemento,* além da exceção *non adimpleti contractus* ou a *non rite adimpleti contractus.* Se a um dos figurantes se deu prazo para prestar, e não ao outro, essoutro é que está exposto *à pretensão à resolução por inadirnplemento.*

A resolução compreende a resolução *strieto sensu,* cuja eficácia é *ex tuno,* e a resilição, cuja eficácia é *ex nuno,* tal como ocorre se o locatário já está na posse do bem locado.

Diz o Código Civil, art. 1.092, alínea 1.8: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro". E na alínea 2. : "Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la". No parágrafo único: "A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos". De uma vez por tôdas, de agora em diante, abstraiamos do têrmo impróprio "rescisão", e só empreguemos "resolução", ou

"resilição".

2.INADTMPLEMENTO, MORA E RESOLUÇÃO. (a) Incorre em mora o credor que deixa de receber no tempo, lugar e forma (modo, maneira) que se convencionaram. É o princípio de direito, que se inseriu, com tôda explicitude do art. 955 do Código Civil. Se foi dito o dia, ou o dia

e a hora, ou só o trato de tempo em que se deveria prestar, para que o devedor se libere ou faça incorrer em *mora creditoris* o outro contraente, o que é de mister é que faça a oblação. Se o credor não recebe a oblação, incorre em mora. Não receber não é somente dizer que não quer receber. Também configura a recusa a atitude de credor que fecha as portas para não ser alcançado pela pessoa que o tem de procurar, ou que o pode procurar, o credor que se diz ou manda dizer que está em situação de saúde ou de outro impedimento em que lhe seria difícil ou perigoso atender atos de *núncios,* atos que se têm de considerar atos da própria pessoa que lhes deu a ordem, ou lhes pediu transmitissem o recado.

(b) Quando há trato de tempo dentro do qual se há de adimplir, a primeira oblação é que constitui em mora o credor. Se o devedor insiste em fazer oblações, tem-se de entender que êle dá ensejos ao credor para a purga da mora.

(c)Sempre que se estipula o quanto do pagamento e dêle se destaca porção que se considera, negocialmente, dação de arras, essa porção é comêço de pagamento, com função de sinal, e o resto é o que completa o adimplemento. Se não se disse quando se haveria de fazer a prestação do saldo, ou quando se entregariam os títulos de crédito com vencimentos sucessivos, é de entender-se que a prestação e a contraprestação têm de ser simultâneas. Não importa, aí, indagar-se se é *vi-o soluto*

ou *pro solvendo* a dação dos títulos de créditos. “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes”, diz o art.

1.092, alínea a, do Código Civil, “antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

(d)O depósito em consignação em pagamento é um dos moldes de adimplemento de que cogitam os sistemas jurídicos e somente nasce ao devedor a *pretensão a depositar em consignaçâo para adimplemento* se ocorre um dos pressupostos do art. 978 do Código Civil. O modo normal de adimplir é a *oblação real* feita diretamente ao credor.

A ação de depósito em consignação para adimplemento é ação que nasce ao devedor se algum dos pressupostos do

ad. 972 do Código Civil ocorre. Não há *dever* de depositar em consignação, o que somente poderia resultar de cláusula expressa do negócio jurídico, nem, portanto, *direito* do credor a que, em caso de mora sua, se deposite a prestação. Não se pode falar, portanto, em *obrigação* ordinária de depositar em consignação para adimplemento.

Uma das finalidades de depósito em consignação para adimplemento é livrar-se o devedor do desembOlso de despesas com a conservação do bem ou dos bens a serem prestados, embora tenha de pagá-las o credor em mora.

Outra é o evitar prejuízos que o bem ou os bens possam causar, tais como os resultantes da permanência dos touros ou cavalos nos campos ou nos estábulos frágeis de uma fazenda, ou de explosivos em lugar impróprio , deficiente em cautelas, ou proibido pela lei.

A ação de depósito em consignação para adimplemento, nas espécies mais frequentes, porém não em tôdas, supõe **a-.**

mora do credor. Outras há, as do art. 978, 111-VI, do Código Civil em que não é pressuposto, para o nascimento da pretensão e, pois, da ação de depósito em consignação para adimplemento, a mora do credor.

Nos negócios jurídicos pode-se estabelecer o *dever* de depositar em adimplemento, mas o direito, a pretensão e a ação que daí se irradiam de modo nenhum se confundem com o direito, a pretensão e a ação de que cogita o ad.

978 do Código Civil. Ali, o *dever* é do devedor, a *obrigação* é do devedor, a *legitimação passiva* na ação é do devedor; aqui, o devedor é que tem o *direito, a pretensão* e a *legitimação ativa* na ação de depósito

em consignação para adimplemento.

(e)Perdas e danos, no art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil são o que se deixou de ganhar e que se sofreu com a diminuição do que se tem, bem como o que se deixou de ganhar por faltar eficácia ao negócio jurídico.

O interêsse negativo é o que vem em primeiro plano. Pretensão pelo interêsse negativo é a pretensão a que se preste ao figurante do negócio jurídico aquilo que pode dar ao titular do negócio jurídico o que o há de repor na situação em que estaria se não houvesse contado com a eficácia do negócio jurídico. Por exemplo: quem compra prédio ou fábrica, ou obtém pré-contrato de compra-e~venãa, e despende dinheiro com mobília, ou máquinas, para quando receber o que se lhe prometeu, tem jus a haver do outro contraente, em virtude da resoluçao do contrato ou do pré-contrato, a indenização dêsse prejuízo.

Mas, à diferença do direito alemão e do suíço, o direito brasileiro admite que se levem em conta o interêsse negativo e o positivo <Tomo XXV, § 8.091, 9). No direito brasileiro não se indeniza só o que concerne ao interêsse negativo, como em direito suíço. O que o contraente ou pré-contraente deixou de ganhar também é indenizado. Toma-se por base, por exemplo, o que valeria *no momento da prestação da indenização,* o bem a ser prestado.

O que se indeniza é o dano que resultou de se ter tornado sem efeito o que se cria que teria efeito.

Sempre que se trata de indenizar por fatos ilícitos ou lícitos, o *valor* que há de cobrir os danos tem de ser o do adimplemento. Daí a necessidade de se corrigirem (=r porem em dia) as avaliações. Passa-se o mesmo com as indenizações por desapropriação que são indenizações por atos lícitos, como as indenizações a que se refere o art.

1.519 do Código Civil (art. 160, II). Idem, com as perdas e danos por ter havido inadimplemento ou resolução por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único).

Sempre se há de verificar se foi satisfatório o adimplemento, ou se somente dependia do credor levantar o depósito suficiente. Enquanto não ocorrer isso, acarreta com a mudança de circunstâncias o devedor, como lhe corre a responsabilidade pela mora.

Nem sempre a avaliação, que a sentença aprovou, tem de ser

imutável, porque pode a desvalorização do dinheiro ter sido entre a sentenca e o julgamento do recurso. O demandante há de pedir que o tribunal *ad quem* mande que se proceda à retificação, se o recurso foi interposto peío demandado; ou, se o recurso foi interposto pelo demandante, a retificação ou foi ma~tArja de recurso, ou decorreu tempo para se operar a desvalorização, devido a protelação do demandado, quando lhe foi exigido. Por isso mesmo, a chamada "cláusula móvel" não tem no direito brasileiro a importância que poderia ter noutros sistemas jurídicos.

3. **QUESTÕES SOBRE INADIMPLEMENTO .** (a) Quando se estipula obrigação de fazer e se prevê que o devedor falhe, estabelecendo-se o que se há de prestar, se não adimplir, dentro do prazo determinado, o prometido, tem-se de considerar como prazo da obrigação de fazer. A determinação do preço teria de ser feita no tempo convencionado, que é aquêle em que se esgotou o prazo. Se o devedor não presta o que prometera prestar, no caso de não satisfazer a obrigação de fazer, é devedor de obrigação *vencida.*

(b) Sempre que se deixa a determinação da contraprestação ao outorgante ou ao outorgado, trate-se de contrato de compra-e-venda ou de outro contrato, ou acôrdo, tem-se de fixar prazo para que se proceda à medição, cálculo, ou pesagem, ou se precisará de interpelar o figurante a que se confiou a incumbência.

(e)Quando o devedor deixa de estar como devera, embora preste, há violação positiva da pretensão ou do contrato, *adimplanento ruim,* como dizia E. ZITELMANN (Nicbterfúllung trnd Schlechtererfflllung, *Festgabe flir E*". **ERÚGER,** 1910, 265 a). A expressão de *II.* **STAUB** *(LHe yositiven Vertragsverl.etzungen,* 29-56) é mais abrangente; porém deixava de fora os adimplementos de deveres não-obrigacionais.

Um dos exemplos de adimplemento ruim é o "do devedor que falha à permanência na cooperação e assim exclui a fiança, ou quebra a continuIdade mesma do interêsse", dado por II. STAUB *(fie positiven Vertragsverletzungen,* 2.~ ed., **50** s.) e referido no *Tratado de Direito Privado,* Tomo li, § 174, 1.

(d)A reparação e demais consequências são as do inadimplemento (cp. M. LUTZ, *Zur Frage der positiven Vertragsverletzungen,* 96 s.), afastado que se trate a espécie como de impossibilidade superveniente *(e. g.,* F.

KLEINEIDAM, *Unmôglichfceit und Unvermàgen naoh dem Dcli.,* 85 s. e 155 s.; *II.* Tírrzr, *Pie Unmôgliehkeit der Leistung naeh. dem EGE.,* 81, 48

e 855 s.).

a-.

(e) Se o adimplemento integral e bom não foi mais possível porque ocorreu impossibilidade superveniente, o adimplemento ruim não afasta a responsabilidade conforme as regras jurídicas concernentes à impossibilitação superveniente, pôsto que possa o credor ir contra o devedor por inadimplemento, por ter sido ruim o adimplemento que ocorreu. Mas isso só tem importância se a impossibilidade foi sem culpa do devedor.

A discussão sôbre o adimplemento ruim ser, também êle,

violação negativa (quem não prestou bem não prestou), não é de ser examinada, porque, em verdade, o que se diz é que o inadimplemento compreende o inadimplemento *stricto sensu* e o adimplemento ruim (cp. .1. ORE.

HAssE, *Pie* Culpa *des romzsoken Rechts,* 166; **W.** SCHLESINCER, Das Wesen der positiven Vertragsverletzung, *Zentraluatt filr die juristisobe Praccis, 44,* 2; JuRY HIMMELSCHEIN, Zur Frage der Haftung fur fehlerhafte Leistung, *Árehiv fUr die civilistisclie Praxis,* 158, 276).

(f)Se houve fixação de prazo, ou se considera a falta infração do contrato gerando-se resolução, ou, segundo o convencionado, se passa a outrem a atribuição, ou se estabeleceu quantia líquida que seja devida pelo figurante faltoso. Aqui, o adimplemento é imediato, porque já se sabe, em virtude de cláusula contratual expressa, quanto deve o comprador.

(g)A determinação da contraprestação pode ser conforme o que fôr sendo vendido, ou colhido, ou retirado pelo comprador. Pode ser de uma vez, ou em prestações.

(h)Algumas vêzes á obrigação *faciendi* não é a contra-prestação, mas o elemento necessário à determinação do que há de ser prestado. Quem vende as terras por metros quadrados, sem saber exatamente qual a dimensão do terreno, pode fazer a medição se o comprador confia em seu trabalho técnico, ou em sua honestidade, ou se o vendedor e o comprador acordam em que o faça terceiro, ou se tal encargo fica ao próprio comprador. A compra-e-venda é, então, a preço indeterminado, mas determinável, O que a lei veda é que se deixe ao arbítrio exclusivo de um dos figurantes a taxação do preço (Código Civil, ad. 1.125; já assim, as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 1, §

1: ..... se o vendedor dissesse ao comprador: *Vendo-vos esta cousa por quanto vós quiserdes,* ou *por quanto eu quiser,* esta venda não valerá").

A determinação, em que é agente de medição, cálculo, ou pesagem, o vendedor ou o comprador, vale. Não há arbítrio exclusivo ou puro.

Se em contrato de compra-e-venda se estabeleceu que, não cumprido o que incumbia ao figurante para a determinação do preço, êsse seria x, não se pode entender que se deixou a líbito do faltoso continuar na falta, de modo que estaria protelada qualquer pretensão do outro figurante. Não se há de atribuir à cláusula interpretação que a faria infringente dos princípios de moral e de direito. As cláusulas de que estamos a falar são cláusulas que obviam aos inconvenientes da falta de determinação pelo figurante, razão por que seria absurdo que a omissão condenada pudesse continuar, lesando o outro, ou os outros figurantes.

§ 4.249. Relação jurídica de liquidação e restabelecimento do "status quo" 1.MOMENTO DE NASCIMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA ORIUNDA DA RESOLUÇÃO ou DA RESILIÇÃO. A relação jurídica, que exsurge, não é para a resolução ou a resilição: é para a liquidação e o restabelecimento do "status quo". Ela, sim, proveio da resolução ou da resilição. O que *era,* a eficácia do contrato, desapareceu.

2.RESTITUIÇÃO AO ESTADO ANTERIOR. O restabelecimento do *status quo* tem de ser feito, se é possível.

No caso de resolução ou de resilição não pactada, isto é, se não se trata de resolução negocial, ou de resilição negocia), o titular da pretensão resilitéria ou resilitória não tem de indenizar o que fruiu ou *usou,* nem o que resultou da fruIção ou do uso normal, se não teve culpa; mas quem deu causa à resolução, ou à resilição, responde mesmo pelos proveitos oriundos do uso normal. Êsse é considerado como se desde o princípio não tivesse tido direito.

Se a resolução ou a resilição foi em virtude de cláusula contratual ou pacto adjecto (resolução negocia), resilição nego. eia)), tôda a responsabilidade é desde que se recebeu a prestação, ou a contraprestação.

O exercício da resolução e da resilição é exercício de direito e de pretensão a resolver ou a resilir; talvez, de ação de resolução ou de ação de resilição. A *denúncia* é negócio jurídico dependente o

chamado exercício da denúncia é a prática do ato de denunciar, que entra no mundo jurídico como negócio jurídico unilateral, e somente entra no mundo jurídico se o negócio jurídico, a que a denúncia se refere, *é* denunciável (cf. Pn. Hzcx, Die Gesellschaftsbeschíusse und Willensmange~ *Festschri/t flir* O. Ginn2, 819 s., 827 s.). Há um negócio jurídico que vai contra outro, porque *pode* ir <denunciabilidade do contrato>.

a-.

A denúncia supõe que a sua eficácia extinga a relação jurídica contratual, A resilição supõe que houve causa para que nascesse a pretensão à resilição.

A denúncia e a resilição não se confundem com o *distraio,* que é necessariamente negócio jurídico bilateral ou plurilateraL

Entre a denúncia e o distrato há de comum que ambos são negócios jurídicos, o primeiro, negócio jurídico unilateral, e o segundo, negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Os livros sóbre direito romano são sem referências à denúncia. WALTER IMMERWAMR *(Die Kitndigung,* 16

s.) sustentou a fonte germaníca. Mas, sôbre a *tides frota,* é de ler-se o que escreveu R. SuaM *(Der Prozess der* Lex Salica, 19 s.), que assegura tratar-se de interpelação, e não de denúncia *(Mahnung,* e não Xii *ndigung)*.

O que se tem de assentar é que proveta do séeulo XLI figurante que seria titular do direito de resolução, ou do direito de resilição, foi causador da impossibilidade de restituição, ou da deterioração do objeto recebido, está excluída o direito de resolução ou de resilição. Seria *venire contra factum pra prium* (ERNST WOLF, Riicktritt, Vertretenmtissen und Verschulden, *Ãrchiv /1k die civilistisehe Praxis,* 158, 135 5.; GUSTAV EorHMER, Schranken des Riicktrittsrechts des Kãufers ciner gestohlenen Sache, *Juristenzeitung,* VII, 522, Rechte und Pflichten des Kâufers einer gestohlenen Sache, VIII, 398). Se o outorgado teve de devolver ao proprietário ou possuidor a bem que lhe fôra prestado, não se extingue o seu direito de resolução ou de resílição.

Sempre que o outorgado não tenha de responder pelo perecimento do bem, o direito de resolução ou de resilição persiste.

Exclui-se o direito de resolução ou de resilição sempre que o outorgado haja dado causa a confusão, comistão ou adjunção. Porém isso não afasta o direito de resolução ou de resilição, por parte do outro figurante, que então fica numa das situações apontadas nos arts. 614 (art. 62) e 617, 612, *§* li>, 611 e 613, e 612, *§* 2? do Código Civil, ou nos arts. 615, *§* 1.0 e *§* 2.0, 615 e 616.

O *§* 850 do Código Civil alemão diz que se exclui a resolução se o objeto recebido pereceu por caso fortuito (durch Zufaíl untergegangen ist>. Com razão, é de lamentar-se que se não haja rernitido aos princípios que regem a responsabilidade, pois não só no caso de fortuidade do perecimento deixa de ser responsável o outorgado. Cf.

HERMANN SCHwENN (fie Gefahrtragung beim Rtlcktritt, *Ãrckiii [Ur die civilistische Prazis,* 152, 138 s.).

Os figurantes podem pré-excluir, negocialmente, a invocabilidade do art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil. Não seria lícito pré-excluirem-se a invocabilidade e a pretensão à indenização.

Também se pode preestabelecer *prazo* para o seu exercício *(prazo convencional).* Expirado o prazo, extingue-se o direito de resolução, ou de resi1ição. Isso nAo quer dizer que também se extinga o direito à indenização por inadimplemento, ou por adimplemento ruim.

t preciso que se nAo confunda o prazo (preclusivo> para *ação de redibição* ou para a *ação "quanti minoris"*

<Código Civil, art. 178, *§* 2.0, e *§* **5O,** 1V) com a prescrição da ação para resolução ou para resiliçâo (cf. K&RL

LARENZ, *Lelzrbuch des Sofluidrechis,* 1, 8.~ ed., 252), que é ação pessoal.

2.DÍVIDAS DE PRESTAÇÃO DURADOURA. Nos negócios juridicos em que a prestação é em trato de tempo, *e. g.,* dois dias, três semanas, seis meses, três anos, como ocorre na locação, no comodato, nos contratos de aquisição a longo prazo, há a *denuncia,* se ficou ao figurante o exercício de tal direito, denúncia que pode ser vazia, ou cheia (com causa apontada na lei, ou no contrato). Aí, não há, propriamente , resolução *etricto sensu;* ou há resiliçào , ou há denúncia. Tanto a denúncia como a resiliçAo só extinguem para o futuro. Se há denunciabilidade, não se conta a prescriçâo que concerne à resolução e à resiliçâo.

Se o que sofre a resiliçflo ou a denúncia prestou o que correspondia ao futuro, o outro figurante tem de restituir, pois passou a ter sem causa o que recebeu (enriquecimento injustificado).

A resilição é de eficácia *ez nuno,* como a denúncia; mas essa conceptualmente afasta qualquer restituição ou indenizaçâo que tenha nascido no passado.

A infração contratual pode comprometer a própria finalidade do contrato e haver, no presente, algo de dano que se produziu no passado. A *denúncia* só extingue para o futuro a relação jurídica duradoura. A *resiliçâo* apanha o presente tal qual é, corno está. Não se pode eliminar todo o passado *no que é o presente.* (Devido ao prazo para a resolução e, pois, também, para a resilição, os juristas alemães apagam, de certo modo, as diferenças entre a resilição e a denúncia, e a discussio não interessa ao direito brasileiro, *e.* g., de um lado, R. MÚLLEL -ERZBÂCH

<tiber den Rticktritt bel “sukzessfven Lieferungs geschãften” und àhllcben Vertrâgen, *Deutschen Jurigten-Zei* ttnzg, IX, 1158 s.), OTTO VON GInRE (Dauernde Schuldverhàltnisse, *Jherings Jahrb&her,* 64, 891), e FRANZ

GSCHNIT sul, LHe Kúndigung, nach deutschem und õsterreichischem ltecht, *Jherings Jahrbúoher,* 76, 386); do outro, O. BEITzKE *(Nickti9keit~ Aufuisuttg und Umgestaltiflig von flaurreolttsi,~hã1tnissen,* 22 e 46) e outros.

A resilição é eficácia do exercício do direito e da pretensAo à resiliçAo, talvez da ação de resi1ição. A denúncia é **a-.**

negócio juridica unilateral. Os dois conceitos, bem precisados, evitam conf usoes .

3. ONUS DA PROVA. Se o direito de resolução ou de resiliçAo é de origem legal, o ônus da prova do inadimplemente incumbe a quem exerce a pretensão. Se de origem negociaI, ao devedor, salvo se a dívida é de não-fazer.

§4.251. Exceçâo “non adimpleti contractus”, exceção “noli rite adimpleti contractus” e exceção de inseguridade 1. CÓDIGO CIVIL, ÃRT. 1.092, ALÍNEA □

1 a□ Lê-se no Código Civil, ad. 1.092, alínea 1.~: “Nos contratos

bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro". Ai está a exceçAo - *mm adimpleti contractus,* de que a exceção *non rite adimpleti contractus* é espécie. No Código Comercial, art. 198, estatui-se: "Não procede, porém, a obrigação de entregar a coisa vendida antes de efetuado o pagamento do preço, se, entre o ato de venda e o da entrega, o comprador mudar natôriamente de estado e não prestar fiança idônea ao pagamento nos prazos convencionados"; mas ai nào é de exceção *non adimrpleti contractus* que se trata, e sim da *exceção de inseguridade* (Tomo XXVI, § 8.129), que está no art. 1.092, 2Y

alínea, do Código Civil: "Se, depois de concluido o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminu!ção em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação o pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer a prestaçãa em primeiro lugar, recusar-Se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la".

2.REMISSOES. Sôbre a exceção *non adimpleti covatracWs,* Tornos XXVI, §§ 3.125, 3.126; II, § 172, 7; III, §§

270, 5, 302, 803, 804, 1; V, §§ 687, 2, 594, 7; VI, §§ 628, 630, 2, 631, 3, 632, 2, 634, 2, 635, 637, 677, 691, 7; XV,

§ 1.751, 8;

XVIII, § 2.204, 10; XXIX, §§ 2.689, 3, 2.698, 5, 2.680, 7, 2.734, 2.786, 6, 2.7S7, 1, 2.738, 1, 5, 1S~ 14, 18, 20, 2.739> 2, 2.75& 5; XXIII, §§ 2.772, 12, 2.795, 6, 2.798, 8, 2.808, 2, 2.809, 1, 2.815, 2, 2.827, 1, 4, 2.856, 4, 2.876, 8; XXIV, §§ 2.908, 2, 2.953~ 2;

XXV, §§ 3.073, 2, 3.091, 12, 8; XXVIII, § 8.869, 8; XXIX,S.

§ 3.889, 8. Sôbre a exceção *non rite adimpleti contractus,* Tornos XXVI, § 3.127; XXII, §§ 2.734, 2.786, 5, 2.~7, 1, 2.138, 2.739, 8, 2.754, 5; XXIII, §§ 2.772, 12, 2.803, 4, 2.815, 2; XXIV, CAPITULO IV § 2.958, 2.

USURA E REGRA JURÍDICA PROIBITIVA

§ 4.252. Proibição da usura

1.USURA E PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. <a> A Constituição de

1934, art. 117, parágrafo único, proibia a usura, deixando à lei ordinária a determinação do limite máximo dos interêsses. A mesma atitude teve a Constituição de 1937, ad. 142. A Constituição de 1946, concisamente, disse que a usura será punida. Portanto, é *publici iuris* a vedação da usura. Nos *Comentários à Constituição de 1946* (Tomo V, 527) escrevemos: "No Brasil, a lei que afaste do ad. 154 é inconstitucional, e inconstitucionais tôdas as leis, decretos ou regulamentes que, feitos antes de 16 de julho de 1934, tenham sido contra o art. 117, parágrafo único, da Constituição de 1934, ou o art. 142 da Constituição de 1987, ou sejam contra o art. 154 da Constituição de 1946. Se a lei ou outra fonte jurídica permite comissões, ou juros, além dos que se consideram como usura, por se tratar de estabelecimentos especiais, infringe o art. 141, § 19, a própria lei da usura tem de ser igual para todos. A situação é bem diferente da que se tinha antes de 16 de julho de 1984". Foi precisamente o que dissemos AOS *Comentários á Constituição de 1934* (Tomo III, 312).

2.JuRos E OUTROS . Não importa a forma sob que se estipulem os juros, nem só os juros podem vir a ser proibidos. Ao § 138, alínea 2.~, do Código Civil alemão, de onde se tiraram o art. 152, alínea 2.2, da Constituição de 1934, fonte do texto de hoje, bem como, por intermédio da Constituição de 1934, o art. 142 da Constituição de 1937, as conseqüências que se atribuem são as seguintes, e hão de ser, *necessâriamente,* as nossas, a partir de 16

de julho de 1984: ~ *nulo* todo negócio jurídico que tenha o caráter de usura, trate-se de empréstimo, ou de outro ato jurídico, *e.* g., venda, aluguer; nula também a garantia real, ligada ao negócio jurídico eivado de usura; a própria promessa de compra-e-venda é nula se implica usura; ainda os negócios em que a prestação é *in natura* são nulos; todo *enriquecimento to injustificado ,* que resulte de negócio jurídico, é usura; o que se paga por indenização do dano, acima dos juros legais, é usura; é nulo o próprio contrato de sociedade cujo fim é a usura; a **a-.**

nulidade do negócio jurídico, em que há usura, pode ser alegada por terceiro; todo o negócio jurídico é nulo, e não só a parte em que há a usura, no que a letra de 1984, a de 1937 e a de 1946 permitem que a penalidade se distinga do que se apontava no decreto do Govêrno provisório; o usurária não pode alegar a usura.

A lei é que diz se todo o negócio jurídico é nulo, ou só o é a parte.

tPensariam todos os legisladores constituintes de 1984, de 1987 e de 1946 em tais conseqüências dos textos? Não.

Não pensaram eles concretamente nisso; e por certo pretendiam que êsse princípio, como tantos outros princípios da Constituição, ficasse letra morta. Verdade é que o que está escrito na Constituição de 1946, como estava na de 1984 e na de 1937, deve ser aplicado, e as leis ordinárias têm de observar o art. 141, § 1.0, da Constituição de 1946. Usura não é só percepção de juros; e temos, assim, ressurecta, sob outra forma, a *laesio enorme.*

8.NATUREZA E ALCANCE DA PROYBIÇÂO. **A** ConstituIção proibiu, mediante o art. 154, a usura. Proibiu-a de acôrdo com a lei, *proibiu-a,* porque a pune. O que tem de ser fixado por lei é a *taxa máxima* e é a *penalidade.*

Tal lei sôbre usura tem de ser igual para todos. Os juros de casas de penhôres, além da taxa, são inconstitucionais.

Os empréstimos a funcionários públicos, além da taxa, também o são. A lei somente pode admitir diferentes taxas quando a diferença resulte de pressuposto, *e.* g., imóveis rurais, imóveis urbanos, dívidas garantidas e dividas não-garantidas.

1

É preciso atender-se a que a regra do art. 154 da Constituição de 1946 existiu na ConstituIção de 1934 e na de 1937, e Me *existia* na de 1891. O que antes era permitido passou a ser, constitucionalmente, vedado. Ainda mais: o art. 154, pois que **já** existe lei de usura, encontrou conceito de usura, que tem de ser observado até que outra lei o substitua. Mas o art. 154 teria de ser aplicado ainda que tal lei não existisse; porque é regra legal executável de si mesma, *bastante em si,* "a self..executing provision". Dado que a lei não existisse, o Poder Judiciário ficaria com a faculdade de suprir a lei. Aliás, existindo ela, como é o caso, tal há de ser o seu procedimento nos casos omissos. **O** aluguer acima de x pode ser reputado usurário e reduzido. Se a lei ainda não fixou o valor de x, pode a Justiça usar do conceito de usura, apreciando as circunstâncias de lugar e de tempo, porque o art. 154 é *seIf*

-exeeuting, self-enforeing. A *pena criminal* depende de lei, de modo que essa parte da regra jurídica constitucional não é *sel/-ezeouting:* a usura é proibida <penalidade civil, sançóes de redução e de nulidade, conforme os princípios); mas a pena (na sentido estrito, que é o da pena criminal) depende de lei. Aliás, no caso Davis v. Burke, a Côrte Suprema dos Estados Unidos da América cogitou da existência de regras executáveis por si mesmas, até onde realmente o sejam. O art. 154 é caso de regra *self-executing,* "so f ar as it is susceptible of execution".

Resta saber-se se, tendo a Constituição de 1946, *à* diferença da Constituição de 1934 (art. 117, parágrafo único:

„t proibida a usura, que será punida na forma da lei"), dito que a usura será punida, sem dizer que é proibida, é possível *punir-se* sem se *proibir.* Seria contra os princípios interpretar-se o texto constitucional, que manda punir, como permissivo: a Constituição fêz ilícita a usura; a~ sanções penais *(verba* "punidas") ficam *à* legislação ordinária. As sanções quanto ao ato jurídico resultam da lei, a que somente fica a alternativa: considerar nulo todo o ato, sem qualquer efeito; ou considerá-lo nulo, e regular-se o pagamento do que não constituiu usura, se separável; considerar válido o negócio jurídico, reduzido o que se tem por usura (não-dever de prestar êsse excesso; restituição do que foi prestado).

§ 4.253. Precisões quanto ao conceito de usura e aplicações conceptuais 1. **O** QUE CONSTITUI USURA. Há usura, se, "além dos juros lícitos, se obrigar o devedor a alguns obséquios"

<MANuEl.. DE ALMEIDA E SousÁ, *Notas de Uso prático e criticas, adições. ilustrações e Remissões,* 1. 312).

A referência a "obséquio" foi feliz. Para JORGE DE CASEDO *(Practicarum Observationum sitie Decisionum Regni Lusitoniae,* d. 166, n. 1 e n. 2), o que acedesse a taxa, qualquer que fOsse o objeto, seria usura. Assim,

"creditor qui ob dilatam solutionem aliquid a debitore exigit, usuram committit".

Na usura, só se tem por não vinculativo o excesso dos juros. O mesmo é dizer-se que a declaração de vontade somente é nula, no que excede a taxa legal (5. Snvx, *Tractatus de Actionibus lorensibus,* sectio 1, n. 10, § 1; MEIcfIoR FEBO, *Decisiones Senatus Regni Lusitanjue,* II, d. 48; SILVESTRE COMES DE MORAIS, *Tractatus de Executionibus,* II, 288:

"... si ultra istam taxam legis de majori interesse conventum sit, residuum tantum resecatur, et annullatur, non **a-.**

totus contractus, seu legitimum interesse... quia utile non debet vitiari pro inutili".

Tudo que excede a taxa legal é infração da lei sObre usura (Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1938, arts. 1.0, 2.0

e 6.0) e é crime (Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, art. **4□0,** a), 1.a parte, onde se explicita que a usura tanto pode ser com a exigência de juros em dinheiro como em outro bem, *verbis* "usura pecuniária ou real").

Já no direito luso-brasileiro, as pessoas que podiam receber *entradas* tinham de sofrer o descontar-se dos interêsses aí, das pensões o que receberem como *entradas* (BATISTA PRAcoso, *Regiminis Reipublicae Ckrigtianae,* Para lii, Lib. 7, disp. 14, § 14, n. 5; ToMÉ VAZ, *Alie gationes super varias atraterias,* aleg,. 28, n. 42; MANUEL DE ALMEIDA E SousA, *Ápéndice diplonzático-hútó~o ao Tratado prático do Direito enfitéutico,* 74

a.).

O que se recebe do mutuário ao fazer-se o empréstimo há de ser computado no que se vai receber de juros, para se saber se houve, ou não, violação da lei de usura. Trate-se de comissão, ou do que quer que se receba *pro introitu seu ingreseu.*

.4

2.JUROS E DÚVIDAS A RESPEITO DO QUANTO. Se os juros são concebidos de modo que o juiz não saiba com exatidão em quanto importam, ou se excedem, ou não, a taxa legal, tem o juiz de entender que não houve usura e notar a interpretação que pareça justa, no limite máximo (SILVESTRE COMES DE MORAIs, *Tract atue de Executionibus,* II, ed. secunda, 288:

..... quod si probatum sit interesse, non tamen quantitas, cujus examen est satis intricabile et supra traditis, potest in dubio iudex condemnare reum ad interesse, iuxta censuum legitimam pensionem, vulgo *a razão de juro";* antes, MELCHIOR FEnO, *Decisiones Senatus Regni Lusitanias,* II, d. 201, n. 12, para quem "incertitudo in contractu excludit usurum").

3.USURA E TEMPO DAS OPERAÇõES. Há duas regras jurídicas do Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, que merecem especial atenção: a do art. 6.0 e a do art. 11. No art 6Y, o Decreto n. 22.626 estatui que, "tratando-se de operações a prazo superior a seis meses, quando os juros ajustados forem pagos por antecipação, o cálculo deve ser feito de modo que a importância dêsses juros não exceda à que produziria a importância líquida da operação no prazo convencionado, às taxas máximas que a lei permito". Ora, "é vedado, a pretexto de comissão, receber taxas maiores do que as permitidas em lei" <art 2.0). Faz-se o cálculo da comissão como adiantamento; quer se diga que se percebe como comissão, ou outro pretexto, é corno adiantamento que se calcula. Os arta. 2.0 e 6.0 resumem a doutrina do tempo em que, no direito lusitano e no luso-brasileiro, se proThia a usura. As leis, a doutrina e a jurisprudência tiveram de aludir a êsses casos de *fraus legis;* porém êsses casos não são únicos. Onde quer que se fraude a lei a ConstituIção de 1946, art. 154, e as leis ordinárias sObre usura há usura vedada e há punibilidade dos infratores da lei penal.

4.SE A SANÇÃO É DE NULIDADE TOTAL OU DE NULIDADE PARCIAL. O art. 11 do Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, diz: "O contrato

celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais". Conhecida a surpreendente falta de técnica dos legisladores de 1930-1984, não é de espantar que se fale, na ta parte do art. 11, de contrato nulo, e na 2.8 parte se dê a pretensão à restituição do excesso. **O** que é nulo é a declaração de vontade, no tocante ao proibido. Trata-se de *nulidade parcial* (Código Civil, ad. 153, 1.~ parte:

"A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta fôr separável"). A separação, aí, é de ordem contabilística. Se há bem que foi entregue, ou que vai ser entregue, como juros, avalia-se, para se saber ao certo se foi respeitado o limite máximo. Todos os cálculos são permitidos para se chegar à convicção de que não houve infração da lei.

Quanto à figura penal, essa independe de ter sido maior ou menor o excesso. Se houve a violação da lei, houve o crime (Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, ad. 4,0, *a.),* 1.8 parte:

"Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: *a)* cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sôbre dívidas em dinheiro, superiores á taxa permitida por lei").

No século do descobrimento do Brasil e nos posteriores, sempre se entendeu haver, com a infração, *nulidade parcial.*

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Notas de Uso Prático e criticas,* 1, 313) foi explícito, afirmando, no século XIX, a tradicional atitude da doutrina e da jurisprudência: "Se, porém, se convencionaram usuras excessivas direta ou indiretamente, elas subsistem nos limites do justo, e só se anulam e ressecam no excesso, sem que se anule o todo do contrato". Ainda noutro lugar *(Tratado prático compendiário dos Censos,* 75): "Todo o pacto.., de dinheiro dado a juro que em si mesmo fôr excessivo do justo, ou usurário, só se vicia, e não vicia o todo do **a-.**

contrato, que fica subsistindo nos limites do justo".

Chama-se *usura real* a que resulta de interêsses em bens que não sejam dinheiro, ou no que não seja dinheiro.

O figurante do pré-contrato ou de contrato pode pedir, em juízo, que imediatamente seja admitido a provar a usura, mesmo se há simulação (GArnua PEREIRA DE CASTBO, *Decisiones Supremi eminentissimique Senatus Portugalliae,* 162 e 164: "In contractu usurario potest pars petere ut in continenti admittatur ad probandum usuram").

5.USURA E ENTIDADES ESTATAIS, PARAESTATAIS E DE ECONOMIA MISTA. As entidades estatais de modo nenhum ficam incólumes à proibição constitucional da usura. *A fortiori,* as entidades paraestatais e as de economia mista. No passado, ao tempo dos emprazamentos feitos pela Coroa de Portugal e pelas Igrejas, proibiu-se que recebessem "entradas" (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 41; Constituição do Bispado do Pôrto, Livro IV, Título 7, Const. 7), para que não escapassem, com isso, à proibição da usura. Os que podiam receber entradas ficavam sujeitos a serem excomputadas, para se saber se o que perceberiam das pensões excedia o interêsse justo. A proibição de tais entradas a entidades estatais tinha a *ratio legis* da facilidade com que as autoridades extorquiriain, violando a lei sôbre usura *(Repertório das Ordena ções e Leis do Reino,* II, 309: "Et ratio est, quid administratores bonorum, non extante hac probibitione, facile impellerentur ad eadem bona emphytenticanda ad consequendum lucrum, quod sibi pro ingressu oblatum fuerit"). Vedou o recebimento das *entradas à* própria Igreja. Cf. Concilio Tridentino, 5. 25, cap. 11.

1

1

Parte **IV.** Espécies de negócios jurídicos hilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais CAPÍTULO 1

GENERALIDADES SÔBRE AS ESPÉCIES DE NEGÓCIOS JURIDICOS BILATERAIS E PLURILATERAIS

J 4.254. Negócios jurídicos de direito das obrigações e negócios juridicos fora do direito das obrigações 1.ADVERTÊNCIA SOBRE OS

DOIS CONCEITOS. Dívidas, obrigações, ações e exceções também nascem fora do Direito das Obrigações, de jeito que há *obrigações* que não se irradiaram de negócios jurídicos obrigacionais, nem de atos lícitos e ilícitos, atos-fatos lícitos e ilícitos ou fatos jurídicos *stricto sensu,* lícitos ou ilícitos, regidos pelas regras jurídicas do Direito das Obrigações. A classificação da Parte Especial do direito privado em Direito de Personalidade, Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões não é de precisão absoluta. Mais se atende a que não se abstraiu, no que não se chama Direito das Obrigações, do casamento e do parentesco, do objeto dos direitos reais e da sucessão a causa de morte. A importância é mais didática do que científica.

Ao falarmos das dividas emanadas de negócios jurídicos, aludimos às duas classes: a dos negócios jurídicos unilaterais e a dos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais. Há negócios jurídicos que se dirigem à irradiação **a-.**

de dívidas, e negócios jurídicos cuja eficácia é independente da assunção de dívida por a lguém. Por êsses,

ninguém se faz devedor; nêles, não há dever de prestar. Os chamados acôrdos, se dêles não resulta relação jurídica de dívida, mudam algo no mundo jurídico, sem que gerem dívidas e obrigações.

Já tratamos (Tomos XXXI-XXXVI) dos *negócios unilaterais,* sem que tenhamos cogitado de um dos mais importantes, que é o testamento, assunto do Direito das Sucessões.

Os *negócios jurídicos bilaterais* são aquêles que só se perfazem com duas manifestações de vontade concordantes, isto e, de manifestações de vontade feitas de dois lados. Uma é de oferta; a outra, de aceitação. Não seria acertado dizer-se, como fêz PH. HECK *(Grundries des Schuldrechts,* 122>, que há anacronismo, já legislativamente injustificado, no princípio do contrato. O contrato continua de ser o mais freqUente dos negócios jurídicos e não é de pensar-se em sua desaparição mesmo nos sistemas jurídicos de extrema esquerda.

Os *acórdos,* no senso estrito, não são somente negócios jurídicos de direito das coisas. Há-os de direito das obrigações.

2.CONTRATO CONSENSUAL E CONTRATO REAL. O contrato bilateral, como o unilateral, ou o plurilateral, pode ser *contrato consensual* ou *contrato real.* Com o contrato consensua), o outorgado tem por fito fazer-se dono do objeto: ainda não se fêz dono. Com o contrato real, o outorgado faz-se dono do objeto. Donde resulta que, sendo consensual o contrato, a própria entrega do bem não faz titular do direito sôbre êle quem o recebeu em virtude do contrato. Tem o devedor de fazer titular do direito aquêle figurante que foi o outorgado.

Daí a necessidade, em se tratando de coisa corpórea ou incorpórea, de *acórdo de transmissão* e do ato que seja tradição ou à tradição corresponda. Tratando-se de propriedade, a transmissão é regulada pelo direito das coisas, seja bem corpóreo ou seja bem incorpóreo o objeto do contrato. Se o contrato é consensual, como a compra-e-venda, o acôrdo não está contido nêle:é preciso que se conclua separadamente, embora, por vêzes, simultâneamente, como se o outorgante diz “vendo e transmito”.

O acOrdo de transmissão é *negócio jurídico abstrato.* Independe do negócio jurídico básico (subjacente, sobrejacente ou simultâneo). Têm de seguir-se, para a completa eficácia, a transcrição no registo e a tradição, ou só a tradição, se não há, na espécie, exigência do registo. Tradição e transcrição atendem à necessidade de se fazer *pública* a transmissão *(principio da publicidade).* Se o outorgante parou no negócio jurídico consensual, não dispôs.

8.NEGOCIOSs JURÍDICOS CONSENSUAIS QUE CORRESPONDEM AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

REAIS. No direito brasileiro, o comodato, e o depósito são contratos reais, isto é, negócio jurídicos que exigem ato real (entrega do bem objeto do contrato). Todavia, há aqui um ponto, que é da maior relevância. A opinião mais corrente entende que, se o acOrdo ou o contrato é, segundo a lei civil ou comercial, acOrdo ou contrato real, não se pode pensar em vinculação pela simples coincidência das manifestações de vontade dos figurantes. Ou houve o fato real, ou não o houve. Se houve, há o acôrdo real, ou o contrato real. Se não o houve, nada feito. Ainda assim, L ENNECCERUS-H. C. NIPPERDEY *(Lekrbuch,* 11, 444) e HUGO KRESS *(Lekrbuch des Ãllgemein.en Schuldrechts, 88* s.). Em verdade, o fato de a lei ter concebido o negócio jurídico como negócio jurídico real apenas significa que os princípios expostos a respeito do negócio jurídico típico somente se hão de invocar se o negócio jurídico real se perfaz. De modo nenhum

se há de concluir que se vedam pré-contratos, ou que se afasta a perfeição de negócios jurídicos consensuais que lhes correspondam. A atitude que sustenta o contrário revela resíduo histórico e sistemático, já hoje injustificável (G. DULCKEIT, Zur Lehre vom Rechtsgeschàft im klassischen rõmischen Recht, *Festschrift* FRITZ SCHULZ, 1, 171).

O direito de hoje parte do pressuposto da vinculabilidade livre. Não mais há a distinção romana entre contratos que são ou podem ser consensuais e contratos que *sOmente* podem ser reais. Hoje, os contratos ou são consensuais ou são reais, porém o que se tinha como contrato imprescindivelmente real deixou de existir. Há contratos consensuais que correspondem aos contratos reais. O que se passa é que não exsurge o dever que, por sua natureza, depende de ter havido o fato real; *e. g.,* o dever de devolver a coisa recebida em comodato ou de restituir o que se deva em mútuo. Aliás, ocorre o mesmo com a locação de bens: o arrendatário somente tem o dever de devolver o bem tocado se o recebeu. E o arrendamento não é contrato real.

No que respeita ao depósito, também o elemento real pode não estar caracterizado no contrato. Só se há de devolver ou restituir o que foi entregue.

a-.

§ 4.255. Negócios jurídicos objetivamente alheios e negócios jurídicos subjetivamente alheios 1.Doís CONCEITOS. Temos aqui de precisar dois conceitos, pôsto que possam interessar a negócios jurídicos unilaterais, e não só a negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais.

Negócios jurídicos objetivamente alheios são os negócios jurídicos que, por seu conteúdo, interessam a outrem.

Negócios jurídicos subjetivamente alheios são aquêles em que o figurante pratica o ato pelo interessado no ato, como se paga as contas dêsse, ou recebe a mercadoria que fôra enviada a outrem. Tem-se de presumir (quase sempre há prática de ato-fato jurídico) que não considera o negócio jurídico como exclusivamente próprio. O

negócio jurídico subjetivamente alheio é aquêle em que a vontade do figurante é indispensável àconclusão de negócio jurídico.

2.INTERÊSSE DA DISTINÇÃO. A distinção é de grande relevância,

porque, no negócio jurídico objetivamente alheio, negócio jurídico é só a gestão do negócio alheio, sem que se trate de gestão de negócio em que haja oferta de contratar ou a aceitação de outrem, ou, sequer, promessa unilateral partida de outrem, ou ato jurídico *stricto seneu.* Aliás, na doutrina, a errônia de não se distinguirem dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos os atos-fatos jurídicos leva a confusões.

§ 4.256. Negócios jurídicos bilaterais e phirilaterais de direito civil e negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais de direito comercial

1.PRECISÕES. Os sistemas jurídicos ou distinguem o ramo do direito comercial como edifício parede-meia com o direito civil, ou não o distinguem, ou exageram aquela diferenciação. À medida que se edictam novas leis e se procuram soluções de que as leis comerciais não cogitaram, cresce a inserção do direito comercial no civil e perde a justificação que tinha, ao tempo das prerrogativas dos comerciantes, a discriminação dos atos jurídicos comerciais.

a)Os sistemas jurídicos que se apoiam em *concepção subjetiva* sustentam que é ato de comércio o ato jurídico praticado pelo comerciante, de jeito que não haveria ato de comér

cio que não fôsse ato de comerciante (cf. li. ROUS5EAU, Commerçants et Actes de commerce, *Méktnges* O.

WILLAND, 310).

b)Os sistemas jurídicos que defendem *concepção objet**iva*** só vêem a natureza do ato, qualquer que tenha sido, comerciante ou não, quem o praticou.

c)Os sistemas jurídicos que atendem às duas concepções, a *subjetiva* e a *objetiva,* pôsto que atribuam comercialidade a atos que os comerciantes praticam, no exercício do comércio, conhecem atos de comércio, que pessoas não-comerciantes podem praticar.

2.CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO. O Código Comercial brasileiro não enumerou nem definiu os atos de comércio. Na sessão do Senado Imperial, a 19 de maio de 1846, o senador CARNEIRO LEÃo tentou emenda que aproximadamente definisse os atos de comércio (“Em geral, entende-se por atos de comércio ou mercancia tOda a troca e compra de mercadorias para serem revendidas por grosso ou retalho, em bruto ou trabalhadas, ou simplesmente para lhes alugar o uso”) e exemplificativamente os enumerasse (“Em particular, reputam-se atos

de comércio: 1, as emprêsas de comissões; 2, tudo que tem relação com letra de câmbio sem distinção da qualidade das pessoas e com letras de terra, livranças e bilhetes à ordem, a respeito de comerciantes somente; 3, as operações de bancos e corretagem; 4, tudo que tem relação à construção, consêrto, equipação de navios e bem assim a compra-e-venda de qualquer gênero de embarcação; 5, tôdas as expedições, consignações e tranportes de mercadorias; 6, tôda a compra-e-venda de aprestos, aparelhos e vitualhas de navios; 7, as associações e parcerias de armadores de navios, os fretamentos, os contratos de risco e quaisquer outros relativos ao comércio do mar; 8, tudo que respeitar ao ajuste de soldadas e obrigações do comércio; 9, (tudo) quanto respeitar a feitores, caixeiros e outros empregados de negociantes, no que é concernente ao comércio do mercador a que estão adidos; 10, todos os contratos de seguros, seja qual fôr a sua espécie"). Ainda acrescentava a emenda: "São igualmente matérias comerciais as obrigações e direitos resultantes de abalroação, assistência ou salvados, em caso de naufrágio, reparação, encalhe ou arrecadação de relíquias náufragas".

Acertadamente, JosÉ CLEMENTE PEREIRA, relator da Comissão do Senado, a 23 de agôsto de 1848, repeliu a emenda, percebendo a sua fonte, os arts. 632 e 633 do Código Comercial frances, e frisou que "dêsse sistema de legislar, fazendo a enumeração de atos comerciais, tinham resultado grandes demandas, grandes contestações no **a-.**

fôro, grandes disputas entre os escritores, e até sentenças contraditórias" Já antes, a 22 de setembro de 1843, CARVALHO MOREIRA (Barão de Penedo), queria comissão que desse parecer sabre se a legislação atual havia apontado "com clareza as condições constitutivas dos contratos civis e as que determinavam o contrato mercantil".

É interessante observar-se que o hábito de se estar consultando o direito francês levava os juristas a censurar o ter a legislação deixado em aberto o problema.

3. ATos DE COMÉRCIO. O conceito de atos de comércio tem o defeito de não haver sido o ponto de partida para a edificação do direito comercial. Vinha-se do conceito de comerciante e da sua atividade e dos seus privilégios.

Viu-se mais a pessoa, física ou jurídica, do que os atos. Com o tempo,

que veio roendo o artificial do próprio conceito de direito comercial e a enumeraçao dos atos de comércio, ressaltou que estava superada a enumeração, que se haviam apagado os privilégios e que o próprio direito comercial se diluia como simples corrente do direito privado. Um fato, principalmente teve grande relêvo na superação das distinções: os que se tornaram os mais poderosos no comércio não eram mais comerciantes; comerciantes só seriam as emprêsas de que têm ações, ou quotas, ou o contrôle.

Em verdade, o Código Comercial evitou empregar a expressão "atos de comércio", só se referiu a "mercancia", pôsto que no art. 30 ela apareça, no art. 140 e 165 se aluda a negócios mercantis, e no art. 913, a matérias de comércio, expressão mais. abrangente. No Título Único, sôbre a administração da justiça nos negócios e causas comerciais, hoje derrogado, o art. 18 referia-se a direitos e obrigações "sujeitos às disposições do Código do Comércio e a objetos, atos ou obrigações comerciais".

A perplexidade dos juristas resultava de quererem êles que se tivesse seguido o caminho francês, ou o português, ou o espanhol, em vez de procurarem o conceito, com a ciência. daquele tempo, corrigi-lo depois e por fim reconhecerem que o êrro estava em se não ter unificado o direito privado, como queria TEIxEIRA DE FREITAS.

Tentara êsse definir os *atos de comércio,* "os exercidos para lucrar, por mero espírito de especulação mercantil", frisando que, tirante êsse elemento, "são os mesmos atos da vida civil" *(Aditamentos ao Código de Co-inércia,* 295; *Consolidação das Leis civis,* ad. 343, nota 2). A jurisdição comercial, em razão somente dos atos, "sistema arbitrário", como ferreteava o consolidador das leis civis, acabou por ser eliminada.

Quanto ao conceito, pouco se adiantou, em mais de um século, e como que ondulam a *teoria da. enumeração legal,* que o sistema brasileiro evitou, a *teoria, da especulação mercantil* (que seria a de TEIXEIRA DE

FREITAS e é a de muitos juristas de hoje que tentam libertar-se da enumeração legal), a *teoria da inserção na circulação das riquezas,* que põe fora do plano mercantil a agricultura e as indústrias de minas e de estradas, a *teoria do ato de emprésa,* que exige haver emprêsa, com a habitualidade da prática de atos de comércio.

O que mais se tem de acentuar é que a existência de direito comercial, nas legislações, é obsoleta.

§ 4.257. Contratos típicos e contratos atípicos, contratos mistos e contratos mistos ou fusionados 1.CONTRATOS E RELAÇÕES JURÍDICAS CONTRATUAIS. As relações jurídicas negociais são, tôdas, relações que o pensamento humano criou para laços (vinculações) entre os homens. Um dos meios, portanto, para o processo específico de adaptação social, que é o direito. Algumas só se referem a momento em que ocorrem e em verdade se fazem *erga omites,* em sucessão a relações jurídicas *erga omites,* ou originàriamente. A criação delas ou, melhor, dos negócios jurídicos, ou outros fatos, de que se irradiam atende à finalidade dos atos humanos; donde as diferenças quanto à estrutura e quanto ao conteúdo. Pense-se no contrato de compra-e-venda e no enriquecimento injustifícado, ou no contrato de compra-e-venda e no depósito. Pense-se no contrato de compra-e-venda, no depósito, no contrato de comodato e no contrato de sociedade.

As regras jurídicas gerais que soem referir-se a negócios jurídicos modificam-se, em parte, quando se passa para o trato dos negócios jurídicos unilaterais, ou bilaterais, ou plurilateraís. Mais: quando se passa aos contratos unilaterais, ou bilaterais, ou plurilaterais, e a respeito de cada um dêles.

No tocante às relações jurídicas obrigacionais, as fontes ou são negócios jurídicos, ou outros fatos jurídicos, inclusive fatos jurídicos *stricto sensu.*

Aqui, o que particularmente nos interessa é a *tipicidlade* dos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais.

A primeira distinção é concernente à prestação devida (alienação ou transmissão de direito real, inclusive domínio; dação de uso, ou de usufruto, ou só de fruto, prestação de serviços, cooperação em fim comum, empréstimo). A segunda éno tocante à finalidade negocial.

A tipicidade tem causas históricas, por muito fundada no direito romano, porém não só a vida jurídica, nos **a-.**

tempos posteriores e nos dias de hoje, atuou e atua, como também o trato dos negócios, em caracterizações inevitáveis.

O tráfico jurídico não só tipiciza ou corrige o tipo. Por vezes , suscita *tipos novos (e. g.,* no direito brasileiro, a duplicata mercantil), ou *negócios jurídicos atípicos.* A vida muda. Embora os princípios permaneçam, mudam-se estruturas e conteúdos de negócios jurídicos. De ordinário, as regras jurídicas só são invocáveis quando faltam

elementos explícitos de vontade.

Os *negócios jurídicos de alienação,* principalmente a compra-e-venda, são a classe primeira, sem que possamos desmerecer dos *negócios jurídicos de dação de uso,* usufruto ou *fruto,* que vêm em seguida, come a locação, o arrendamento com desfrute, o comodato, o empréstimo de consumo. Após, estão os *negócios jurídicos de atividade* ou *serviço,* que vão das promessas ao público ao contrato de aluguer, ao contrato de obra, ao contrato de serviços, o contrato de mandato, o contrato de hospedagem com ou sem comida, o contrato de depósito, o contrato de guarda-móveís ou de locação de cofres. Ainda há os *negócios jurídicos garantidore5* ou *negócios jurídicos de garantia* ou *de fortalecimento* (fiança, caução, dívidas acessórias), ou *extintivos* (dístrato, transação). Finalmente, a *sociedade* e *comunhão jurídica acidental.*

Alguns negócios jurídicos, unilaterais, bilaterais e plurilaterais, não aparecem nas leis, ou são objeto de leis e&jpeciais. por serem criações fora dos Códigos Civil e Comercial. No Código Civil e no Código Comercial, há o contrato de serviço, e a legislação do trabalho teve de cogitar do *contrato de tra batizo,* quando subiu o nível social da igualdade.

2.NEGÓCIOS JURÍDICOS MISTOS. Em princípio, há auto-regramento da vontade, para se concluirem negócios jurídicos. E o número de regras jurídicas dispositivas *(ius dispositivuin)* é considerável. Tal regulação atende à tipicidade, ou à necessidade de se não deixarem dúvidas quanto a algum ponto ou alguns pontos do conteúdo do negócio jurídico. De jeito que o próprio negócio jurídico típico dá largo ensejo para as variações de conteúdo.

Por vêzes, os figurantes têm de empregar o conteúdo de dois ou mais tipos, com que alcancem o que querem, sem que tal diversidade ofenda a unidade negocial concreta. São os *negócios jurídicos mistos* ou *negócios jurídicos tipicos fracionados.* A despeito da fusão, da mistura, ressalta a tipicidade. A hospedagem, casa e comida, ou casa, comida e transporte, dão exemplo frisante. A despeito da duplicidade ou multiplici-. dali de negócios jurídicos, tem-se o negócio jurídico como se um só. O tráfico jurídico fé-los *típicos.* Por isso mesmo, regras jurídicas sôbre os contratos bilaterais incidem como negócio júrídico fôsse de um só tipo *(e. g.,* evícção, redibiresolução ou resilição). Em todo caso, o instrumento pode ressalvar a *separabilidade,* no interêsse do hóspede. Sempre se há de partir da suposição de haver um negócio jurídico que prepondera.

3.TIPICIDADE E ACRESCENTAMENTOS. Por vêzes, os figurantes discrepam do tipo perfeito sem que funcionem tipos. A prestação à parte é secundária, 011 São secundárias as prestações à parte. Só há uma prestação típica preponderante-Exemplo tem-se na empreitada com fornecimentos de materiais (Código Civil, arts. 1.237, 2.~ parte, 1.238 e 1.245). As. regras jurídicas especiais à prestação secundária, ou às prestações secundárias, podem incidir.

O *contrato atípico* e o *contrato único* são coisas diferentes. Aquéle é unidade, e não união. Se retribuo com vinte sacos de milho, por mês, a locação, não fiz contrato atípico, nem unido ao de compra-e-venda; mas uni os dois contratos se digo que a prestação da locação é de quinhentos cruzeiros, pagáveis em serviços. A morada do porteiro e a mensalidade que recebe perfazem o ordenado: aí, há locação de serviços, que prima, e locação de coisa; porém o contrato de locação de coisa pode passar à frente se a êsse porteiro o proprietário alugava antes a morada e aceitou a substituxção de parte do ordenado pelo aluguer.

4.NEGÓCIOS JURÍDICOS SEPARADOS INSTRUMENTALMENTE OU NO TEMPO E LIGAÇÃO ENTRE

ÊLES. Pode ocorrer que os figurantes concluam, em instrumentos separados, dois ou mais negócios jurídicos e os ligue, de modo que se tenham de tratar como sujeitos à mesma sorte, ou que sejam separados, nas suas cláusulas e constem do mesmo instrumento. Também é possível a ligação entre dois ou mais negócios jurídicos concluídos em tempos diferentes portanto, também em instrumentos diferentes e que um dependa do outro, ou cada um dependa de qualquer dos outros.

O contrato pode consistir em contratos de dois ou mais tipos, *unidos.* Ou ter contraprestação de outro tipo, o que acontece quando a contraprestação em vez de ser em dinheiro (compra-e-venda) ou de consistir em outra coisa (troca), consiste em serviços. Ai, o que presta coisa responde como vendedor ou trocador, e o que contrapresta conforme as regras jurídicas sôbre prestação de serviços. Todavia, pode ter-se de inquerir do sentido especial, da finalidade e do próprio tipo preponderante.

a-.

Se, em vez de apenas se combinarem duas ou mais prestações, que

correspondem a diferentes espécies de contratos, os figurantes concebem as vinculações de cada um conforme um tipo, tem-se de atender a essa estruturação e a êsse conteúdo *lateralmente* duplo, ou múltiplo. Quem se faz gestor de negócios alheios, para consertar, pessoalmente, o telhado do vizinho, é gestor de negócios alheios, mas o outro figurante responde como quem contratasse serviços.

5.CONTRATOS ATÍPICOS. Os negócios jurídicos atípicos, bilaterais ou plurilaterais, são aquêles que não podem ser insertos em contrato típico, ou em uniões de contratos típicos. Sirva de exemplo o negócio jurídico, bilateral ou plurilateral, pelo qual alguém se vincula a dar fiança, ou a titulo cambiário ou cambiariforme.

§ 4.258. Contratos onerosos e contratos gratuitos

1.CONCEITOS DE ONEROSIDADE E DE GRATUIDADE. Dizem-se gratuitos os negócios jurídicos em que não há contra-prestação. A contraprestação determina a onerosidade. Quem presta sem que outrem contrapreste, ou prometa contraprestar, aliena *a título gratuito*. O que importa é a relação jurídica entre os figurantes do negócio jurídico de que se trata. Se A presta a B, gratuitamente, ou promete prestar gratuitamente, sem que outrem contrapreste, ou prometa contraprestar, *mas* só o faz porque C, terceiro, lhe pediu que o fizesse, ou o vinculou a isso, não importa o *motivo*. Nem sempre há alienação do direito de propriedade, quando se presta gratuitamente, razão por que nem todos os negócios jurídicos gratuitos são doações. A expressão "doação" tem dois sentidos, um dos quais é o sentido próprio. O outro é demasiado largo. Doa-se a casa, o livro, a patente de invenção, a emprêsa, o usufruto, o uso. Também se diz que se doou o crédito, ou que se doou o direito a que se contrate (direito irradiado de pré-contrato). Mas, no Código Civil, o sentido é menos largo, pôsto que alcance a dação gratuita de patrimônio.

Quando há *abstração,* isto é, quando o negócio jurídico é abstrato, não há pensar-se na onerosidade, nem na gratuidade. De qualquer causa se abstraiu, e o conceito mesmo de negócio jurídico abstrato tem de atender a que não se pode descer à busca de causa, pois a abstração é como fechamento de porta para o subterrâneo onde podem estar as causas. Por vêzes, há outro negócio jurídico, que subjaz, sobrejaz ou justajaz ao negócio jurídico abstrato.

2.REGIME JURÍDICO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS GRATUITOS.

A bilateralidade no prestar rege-se por princípios a que nem sempre se poderiam submeter os negócios jurídicos em que somente um dos figurantes presta.

Esmola e gorjeta são exemplos típicos de negócios jurídicos, oneroso êsse e gratuito aquêle. Chamou-se às gorjetas. como a outros negócios semelhantes, “onerosos voluntários”, expressão infeliz que se deve substituir por “onerosos a líbito”; mas a gorjeta foi aos poucos fazendo-se negócio jurídico one roso obrigatório, de modo a tornar-se o pagamento de serviço do empregado *alheio,* ou pagamento de alguém, de fixação quase sempre ao arbítrio do que recebe o serviço.

CAPITULO II

CONTRATOS ALEATóRIOS

§ 4.259. Conceito e natureza

1.CONCEITO. De ordinário, as legislações sómente cogitam da álea a propósito dos contratos em que ela pode ou sol ocorrer. No direito romano, havia contratos de sorte, ou contratos aleatórios, a que os juristas alemães chamam *GWcksvertriige,* ou *gewagte Vertrãge.* Demos exemplos: a> o contrato de câmbio marítimo <L. 2, 1,. 8, L. 5, C., *de nautico foetwre, 4,* 88; L. 5, D., *de nctutico foenore,* 22, 2); b) a *envptio spei* (L. 8, § 1, D., *de contrahenda emptione et de pactis inter empt orem et venditorein com positi.s et quae res venzre non possunt,* 18, 1; L. 7, L. 10, L. 11, L. 18, D., *de heredit ate veZ adio-se vendita,* 18, 4; L. 11, § 18, L. 12, D., *de actionibus em.pti venditi,* 19, 1); *e),* os contratos de jôgo e os de aposta. O que caracteriza tais negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais é que um ou alguns dos figurantes ou todos podem sofrer único prejuízo, em certo caso ou em certos **a-.**

casos.

A álea pode ser inserta em contrato que não é, de ordinário, aleatório; ou ser elemento de contrato típico.

Alguns contratos aleatórios são lícitos; outros, ilícitos.

2.CONTRATOS ALEATÓRIOS TÍPICOS. Os contratos de jôgo, os de aposta e os de seguros são contratos aleatórios típicos. Não se trata, nêles, de inserção de cláusula com álea. São contratos onerosos. Nos contratos condicionais, a condição suspensiva ou se refere a tôda a eficácia do negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, ou apenas a parte da eficácia. A incerteza pode consistir apenas em ser a prestação somente devida enquanto não se imple alguma condição, ou não se atinge têrmo final; mas, ai, não há sempre, em verdade, álea. Não é, propriamente aleatório o negócio jurídico. Todavia, há álea nos contratos de que resultam as pensões vitalícias, quer de direito privado, quer de direito público; bem assim, o contrato de constituição de renda vitalícia.

Muito diferente é o contrato em que se incluiu cláusula de álea, como se alguém compra o que vier a ser pescado pelo barco, os bezerros ou potros que venham a nascer dentro de dois meses, ou de determinadas vacas ou éguas.

§ 4.260. Espécies de contratos aleatórios

1.PRECISÕES. Não se confundam com os negócios jurídicos bilaterais aleatórios os negócios jurídicos em que a prestação depende de algum fato. Demos exemplo.

Quando se promete ato do devedor, ou mesmo de terceiro, que somente pode existir ou ter eficácia jurídica se aprovado por autoridade estatal ou paraestatal, ou interestatal *(e. g.,* A prometeu a B ato que depende da aprovação pelas autoridades de dois ou mais Estados signatários de tratado), ou supraestatal *(e. g.,* A prometeu a 13 ato que depende de aprovação da Organização das Nações Unidas), ou interestadual *(e. g.,* A prometeu a E ato que depende de aprovação de dois Estados-membros limítrofes, como São Paulo e Minas Gerais), não se pode considerar adimplida a divida se o ato não foi aprovado pela entidade que o teria de aprovar, ou pelas entidades que o teriam de aprovar.

Passa-se o mesmo se quem há de aprovar, consentir ou assentir é pessoa de direito privado, ou pessoa de direito público porém não estatal ou paraestatal, ou interestatal ou supraestatal.

2.Especies DE CONTRATOS ALEATÓRIOS QUANTO A EXISTÊNCIA DO OBJETO. Os contratos aleatórios podem ser a respeito de bens que

já existem ou a respeito de bens que ainda não existem ou bens que pode ser que não venham a existir em certo momento.

Lê-se no Código Civil, art. 1.118: “Se o contrato fôr aleatório, por dizer respeito a coisas futuras, cujo risco de não tirem a existir assuma o adquirente, terá direito o alienante

a todo o preço, desde que de sua parte não tenha havido culpa ainda que delas não venha a existir absolutamente nada”. Aí,o bem, de que se trata, é bem futuro, bem que pode vir a existir como pode vir a não existir. Digamos

“bem”, e não “coisa”,porque a futuridade pode referir-se a bens incorpóreos e, até,a creditos, pretensões, ações ou exceções. Nada obsta a quese venda o cachorro que ainda vai nascer e pode nascer morto, <ou morrer antes de tempo, ou o quadro que o pintor, pessoa terceira, vai pintar, com o risco de êsse morrer antes de o começar ou de terminar. Se o animal, de que se esperava o filho, não estava prenhe,não se vendeu coisa futura, salvo se se vende o que resultar de futura prenhez. A sanção se o figurante afirmou ou fez constar estar prenhe o animal e não estava é a anulabili-dade por êrro, ou pelo dolo. As circunstâncias podem compora sanção da inexistência, ou não-seriedade. *Aliter,* se o risco mesmo da não-existência foi assumido e a isso alude o art. 1.118do Código Civil.

Se o contrato aleatório é válido e ocorreu o que se esperara *(e.* g., o nascimento do animal), o possuidor do animal é responsável pelo risco segundo os princípios sôbre adimplemento. Não mais está em causa a álea. Por isso mesmo, é preciso que se não confunda com o contrato aleatório o contrato em que **já** se adquiriu o objeto, como o que se concluiu sôbre o animal já concebido, assumindo-se o risco após a entrega,mesmo que se atribua a posse imediata ao dono do animal prenhe. Aí, a responsabilidade não é a de devedor, mas a de guardador, ou de locador de serviços. No art. 2.109 do *Esboço* ingeriu TEIXEIRA DE FREITAS: “Se a venda fôr *aleatória* por se terem vendido *coisas futuras,* tomando o comprador a si o

risco de não virem a existir, o vendedor terá direito a todo o preço, ainda que a coisa não venha inteiramente a existir, se de sua parte não tiver havido culpa”. Traduziu-o o Código Civil argentino, art. 1.404: “Si la venta fuese aleatoria, por haberse vendido cosas futuras, tomando ei comprador ei riesgo de que no llegasen a existir, el vendedor tendrá derecho á todo eI precio aunque la cosa no Ilegue á existir, si de su parte no hubiese habido culpa”.

Estatui o Código Civil, art. 1.119: “Se fôr aleatório, por serem objeto dêle coisas futuras, tomando o adquirente a **a-.**

si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir cm quantidade inferior *à* esperada”.

Parágrafo único: “Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o adquirente restituIrá o preço recebido”. Aqui, o figurante não assumiu o risco de não vir a existir. O objeto do contrato foi o que *existir* no futuro, uma vez que a álea só se refere à *quantidade,* ou à *qualidade.* O art. 1.119 do Código Civil não aludiu à qualidade, mas deve ser lido como se lá estivesse “ enha a existir em quantidade inferior ou em qualidade inferior à esperada”.

No *Esbôço,* art. 2.110, TEIXEIRA DE FREITAS disse: “Se fôr *aleatória* por se terem vendido *coisas futuras,* tomando o comprador a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, o vendedor também terá direito a todo o preço, ainda que a coisa venha a existir em quantidade muito inferior à esperada, se de sua parte não tiver havido culpa. Mas, se a coisa não vier inteiramente a existir, não haverá venda por falta de objeto, e o vendedor receberá o preço, se já o tiver recebido”. Passou ao Código Civil argentino, art. 1.405: “Si la venta fuese aleatona por haberse vendido cosas futuras, tomando el comprador cl niesgo de que no llegasen á existir, en cualquiera cantidad, eI vendedor tendrá también derecho á todo cl precio, aunque la cosa Ilegue á existir en una cantidad inferior á la esperada; mas si la cosa no llegase á existir, no habrá venta por falta de objeto, y eI vendedor restituirá el precio, silo hubiese recibido”.

A regra jurídica do *Esbóço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 2.110, como a do Código Civil argentino, art. 1.405, são de inexistência do negócio jurídico, ou de nulidade. A do Código Civil, art. 1.110, também. “Alienação não haverá”, isto *é,* não há eficácia, mas ineficácia pode existir, também, por falta de existência do negócio jurídico.

Diz o Código Civil, art. 1.120: “Se fôr aleatório, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, pôsto que a coisa já não existisse, em parte, ou dc todo, no contrato”. Aqui, previu-se a espécie em que o negócio juridico unilateral se refere a bens existentes, mas bens que, verdade, não existem, tendo o adquirente assumido o risco <que estariam expostos. A assunção do risco, essa, não se daria ao

que pudesse ocorrer mas também à existência.

No *Esbóço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 2.111, foi dito que, "se fôr aleatória por se terem vendido coisas existentes a algum risco, tomando o comprador a si êsse risco, o vendedor terá igualmente direito a todo o preço, ainda que a coisa já tivesse deixado de existir no todo ou em parte no dia do contrato". A regra jurídica passou ao Código Civil argentino, ad. 1.406: "Si fuese aleatoria por haberse vendido cosas existentes, sujeitas á algún riesgo, tomando el comprador se riesgo, el vendedor tendrá igualmente derecho á todo eI precio, aunque la cosa hubiese dejado de existir en todo, ómx parte en el dia del contrato". Há diferença só aparente entre o que estatula o *Esbôço* de TEIXEIRA DE FREITAS, reproduzido no Código Civil argentino, e no art. 1.120 do Código Civil brasileiro, e o Código Civil argentino: enquanto TEIXEIRA DE

FREITAS previa a inexistência anterior *à* data da conclusão do contrato e na data da conclusão do contrato, o Código Civil argentino só alude a ter deixado de existir "en ei dia deI contrato".

Não se frde dizer que o adquirente não assumiu o risco da própria não-existência, e tem-se de entender que é preciso ter adquirido com o conhecimento dêsse risco, o risco de poder não existir. Se o outorgado desconhecia o risco de não existir, álea não havia. Então, o art. 1.120 do Código Civil não incide. Se o outorgante, sabendo da não-existência, no todo ou em parte, o ocultou, pode o contrato ser anulável por dolo (Código Civil, arts. 94 e 1.121). Daí a explicitação que se faz no ad. 1.121.

Lê-se no art. 1.121 do Código Civil: "A alienação aleatória do artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contraente não ignorava a consumação do risco a que no contrato se considerava exposta a coisa". Vem do *Esbôço* de TEIXEntA DE FREITAS, art. 2.112: "A venda aleatória do artigo antecedente poderá ser anulada como *dolosa* pela parte prejudicada, se ela provar que a outra parte não ignorava o resultado do risco a que a coisa estava sujeita". Transportou-o para o seu texto o Código Civil argentino, art. 1.407: "La venta aleatoria del articulo anterior puede ser anulada como dolosa por la parte prejudicada, si ella probase que la otra parte no ignoraba ei resultado dei riesgo á que la cosa estaba sujeta".

No Código Comercial, art. 677, incisos 3 e 9, diz-se ser inválido o contrato "sempre que se provar fraude ou falsidade por alguma das partes" (leia-se: sempre que tenha havido dolo) ou se concluído "sôbre

objetos que na data do contrato se achavam já perdidos ou salvos, havendo presunção fundada de que o segurado ou segurador podia ter notícia do evento ao tempo em que efetuou o seguro". Na última alínea ainda se cogita da *cláusula*

"perdido ou não perdido", ou *cláusula "sObre boa ou má nova",* para se dizer que, mesmo em tal caso, há a anulabilidade por dolo.

CAPITULO III

a-.

RELAÇÕES JURIDICAS ANTENEGOCIAIS

§ 4.261. Pré-contratos e dever de contratar

1. O *dever de concluir contrato* pode resultar de negócio jurídico, de lei ou de decisão judicial. O que se chama pré-contrato não é necessàriamente *contrato,* porque pode haver promessa unilateral de contratar. Os concursos em que se promete o aproveitamento em serviço, ou cargo, ao mais bem classificado, ou aos mais bem classificados, são promessas ao público, em que o prometido é contrato, porém nem sempre se restringe a promessa de contratar.

2.LEI E DECISÃO JUDICIAL. As leis podem estabelecer constrição a contratar, desde que respeitem os princípios constitucionais. A emprêsa que serve ao público é emprêsa que promete ao Estado o contrato com qualquer pessoa que precise dos serviços,, ou que os queira. Os hotéis e hospedagens, os restaurantes e bases não podem, sem fundamento razoável, negar-se ao serviço e ao fornecimento.

Também é possível que a constrição provenha de decisão judicial.

§ 4.262. Perfeição dos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais
1.MOMENTO DA PERFEIÇÃO. A perfeição dos pré-contratos e dos contratos é ponto da maior relevância na técnica jurídica. O Código de Processo Civil, art. 1.006, § 2A~, supõe , com todo acêrto, que haja pré-contratos que preencham os pressupostos de validade do contrato definitivo, e tal espécie dá ao juiz o poder de assinar prazo ao devedor

para executar, não o que prometeu, que foi contratar, porém mais do que isso, o próprio contrato prometido. Para a exposição do direito brasileiro, o art. 1.006, § 2.0, serve de esteio para se afirmar que nem todos os pressupostos necessários dos contratos o são também dos pré-contratos. Os pré-contratos têm mesmo a função frequente de fazer possível a vinculação se *ainda* não pode ser feito o contrato *(e. g.,* se teria de ser por escritura pública), ou se *ainda* não convém que se faça. Então, promete-se contratar.

De ordinário, quando se estabelece *oferta* e *aceitação* de contrato entre pessoas jurídicas, ou *oferta* por pessoa física, a pessoa jurídica, surge o problema do momento da perfeição do negócio jurídico bilateral. Há as regras jurídicas e as regras estatuárias que concernem aos órgáos das pessoas jurídicas e às suas funções. Em principio, só há *ofertei,* e não simples conversações preliminares ou punctaçôes, se a pessoa jurídica foi *presentada* no seu ato jurídico de oferente, e só há *aceitação,* se o órgão que, pela lei e pelos estatutos, com a competência para aceitar, aceita o que se ofertou. Então, perfeito está o contrato; ou, se o contrato, que se tem de assinar, écontrato real, ou se, consensual, havia interêsse em protrair-lhe a conclusão, perfeito está o pré-contrato.

2.FORMALIDADE OU ELEMENTO INTEGRATIvO. No direito público brasileiro, há caso especial de contrato cuja perfeição depende de exame e registo por tribunal: é o caso do art. 77, § 1.0, da Constituição de 1946, regra jurídica explícita, que funciona como *lex speciati.s:* "Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita e à despesa só se reputarão perfeitos depois de registados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registo suspenderá a exceção do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional". Dai têrmos dito nos *Contentários à Constituição de 1946* (Tomo III, *51)* : "Nem todos os contratos, cuja legalidade *(=* conformidade com a Constituição e com as leis) tem de ser apreciada pelo Tribunal de Contas (art. 77, III), interessam à receita e à despesa, de jeito que há contratos cuja perfeição é anterior ao registo ou arquivamento, e contratos que só se perfazem com o registo (art. 77, § 1.0).

.0 art. 77, § l.~, tem campo menor de incidência do que o .art. „77, III; porque todos os contratos estatais têm de ser apreciados, em sua legalidade, pelo Tribunal de Contas (art. 77, III), ao passo que somente estão sujeitos a registo previo, por fôrça da Constituição de 1946, os contratos que, de qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa: êsses só se reputam *perfeitos* depois de registados pelo Tribunal de Contas. Também os contratos que criem obrigação do

Tesouro Nacional, ou por conta dêsse, estão sujeitos a registo (art. „77, § 2.0), mas, a", a Constituição de 1946 deixou à lei ordinária determinar se há de ser *prévio* ou *posterior* o registo. Fora dessas duas classes, o exame pelo Tribunal de Contas é meramente declaratório, não desconstitutivo por *invalida de,*

infringiu-se, ou não se infringiu a lei. Nas duas classes referidas (art. 77, §§ l.~ e 2.0), o registo é integrativo do ato jurídico: ou seja favorável a decisão do Tribunal, ou seja desfavorável, há constitutividade, porque ou se integra o ato jurídico ou se desconstitui o que fôra apresentado para integraçãO. Somente nas espécies do art. 77,

§§ 1? e 2.0, o registo é necessário; nos demais casos, não é. A diferença entre a regra jurídica do art. 77, § 12, e a **a-.**

do art. 77, § 2.0, está em que, aqui, o registo concerne a quaisquer atos jurídicos de que resultem obrigações e, ali, **50-**mente se interessam, de qualquer modo, à receita ou à despesa.

Pràticamente, se o ato jurídico não interessa à receita, nem à despesa, nem dêle se irradia dívida ou obrigação do Tesouro Nacional, ou por conta dêle, não há registo, *há apenas* exame e julgamento da legalidade *(=* da conformidade do ato jurídico com á Constituição e as leis), não incide a regra jurídica.

As leis ordinárias podem exigir que as pessoas jurídicas somente se vinculem por certos contratos se se manifesta a assembléia geral. Não é o que de hábito se estatui. Tal pressuposto necessário também pode resultar de regra estatutária, o que não é usual. Os conselhos deliberativos e as diretorias é que, em princípio, são os órgáos para a *presentação negocuil* das pessoas jurídicas. (Mas uma vez frisemos que se há de evitar falar de "representação" a respeito de pessoas jurídicas quando figurem os seus órgãos. Os órgãos não representam; **05**

órgãos presentam. Conselhos deliberativos, diretorias e assembléias gerais são órgãos das pessoas jurídicas, como o cérebro, a bôca e as mãos o são das pessoas físicas. Êsses órgáos, que presentam a pessoa jurídica, podem outorgar podêres a procuradores, e então, sim, há representação, e não presentação.) Se há proposta de contrato, feita pelo órgão competente ou pelos órgãos competentes de alguma pessoa jurídica, e o órgão competente ou os órgâos competentes de alguma pessoa jurídica a aceitam, mas o contrato chamado, vulgarmente, contrato definitivo depende de escritura pública, o que se há de

entender é que foi concluído pré-contrato, e os figurantes da oferta e da aceitação já se vincularam em pacto *de contraflendo* Passa-se o mesmo se o contrato é contrato real, porque, aí, falta a tradição, e a conclusão do contrato definitivo depende disso.

8. PRÉ-CONTRATOS A eficácia é entre os figurantes. Opera-se em relação a terceiros segundo os princípios.

Às vêzes, a lei exige a *publicidade registária.* Aqui é de mister atender-se que se trata de *lese speeialis,* cuja interpretação é estrita. Já cogitamos dos loteamentos (Tomo XIII, §§ 1.426-1.440) ; aqui, a propósito de eficácia em relação a terceiros, frisemos casos em que se não há de invocar a lei especial.

Ainda a 6 de dezembro de 1951, a 1.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais *(O 13.,* Belo Horizonte, de 14 de maio de 1952), confundia o pré-contrato com o contrato. Mais: com a procuração para vender, com menção de recebimento do preço.

A □

2 a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 7 de maio de 1948 *(R. F.,* 126, 102), proclamou, acertadamente, que o pré-contrato de venda de imóvel não loteado, desde que registado, pode ser executado segundo o art. 1.006, §

2.0 (idem, a 18 de maio de 1948, com a confirmação pelo Supremo Tribunal Federal, a 19 de outubro de 1949, *R.*

F., 143, 160).

A exigência do registo somente se refere a pré-contratos que dizem respeito a terrenos. A lei especial exigiu que se registem para que a ação específica se admita. Porque o terreno é elemento essencial aos bens imóveis de tal natureza e no direito brasileiro as construções não podem ser tidas como bem à parte, é de interpretar-se que a executabilidade em natura só se pode pretender se houve o registo (cf. Supremo Tribunal Federal, 12 de outubro de 1949, *R. F.,* 130, 85; □

□

1 a Turma, 19 de dezembro de 1949, 183, 116; **5** a Câmara Cível do Tribunal

□de Justiça do Distrito Federal, 6 de outubro de 1950, 134, 462, e 11

de janeiro de 1952, *D. da J.,* de 18 de setembro de 1952; **2.8**Câmara Cível do Tribunal de Minas Gerais, 4 de setembro □.~de 1950, E. 1".., 150, 816; 3□~

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de abril de 1951, *E. dos T.,* 192, 679; **5□a** Cantara Civil, 27 de abril de 1951, 198, 218).

t~ de exigir-se a escritura pública para o pré-contrato de compra-e-venda que se refira a terreno edificado, que não tenha tido o loteamento de que cogita o Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1987 ? Não, devido ao art. 22 do Decreto-lei **ii.** 58 (redação dada pela Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art. 1.~). Errada foi, portanto, a decisão da 2.~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 18 de agôsto de 1950, que considerou essencial a escritura pública.

O art. 22 do Decreto-lei n. 58 (redação dada pela Lei n. 649, art. 12) fala de pré-contratos sem cláusula de arrependimento. Donde a questão: se há cláusula de arrependimento, mas perdem eficácia *(e. g.,* já se extinguiu o prazo para se arrepender), ~ pode ser proposta a ação executiva em natura? O Supremo Tribunal Federal, a 9 de dezembro de 1949 (E. *F.,* 181, 394), deu solução acertada: o obstáculo desapareceu.

O pré-contratante adquirente só tem ação de imissão de posse, ao transitar em julgado a sentença na ação de execução em natura. Se lhe foi dada a posse, tem, antes de tal eficácia de coisa julgada, as ações possessórias.

Quanto aos bens móveis, nada obsta à ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil. A exigência do registo somente concerne aos efeitos contra terceiros. Daí ser sem razão o julgado da □

5 a Câmara Cível do Tribunal de

Justiça do Distrito Federal, a 21 de dezembro de 1951 *(D. de J.,* de 15 de abril de 1952), que a excluiu por se tratar de pré-contrato de compra-e-venda mercantil. O art. 1.006 tem extensão que vai além da que corresponde ao **a-.**

direito civil. O Código de Processo Civil não regula apenas o que se refere ao direito civil.

Sendo dois ou mais os contraentes alienantes, inclusive marido e

mulher, a citação há de ser a todos, salvo se um ou~ alguns se recusaram a cumprir o pré-contrato (cf. □

1 a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais,

17 de agosto de 1950, .*T. M.,* III, 695).

Se a realização dos atos necessários à disposição pode operar-se quanto ao direito futuro, o direito que o outorgado adquire é arrestável, seqiiestrável e penhorável. Não o que sera objeto do direito. Nada impede que se penhorem, ou arrestem, ou seqUestrem frutos pendentes (F. STEIN, *Grundfra,qen,* 36). Basta que se apliquem os arts. 937-989 do Código de Processo Civil, que são extensivos, por analogia, às medidas cautelares. Por exemplo: pode ser penhorado o crédito futuro de alugueres, inclusive o crédito fàcticamente futuro, se tem valor e se o conhece o futuro devedor (aqui, sem razão, F. STEIN, *Grunilfragen,* 54).

Se algum credor alega privilégio geral ou especial, os seus embargos de terceiro hão de ser repelidos, por lhe faltar legitimação ativa. A constrição executiva não o ofendeu, O que lhe cabia era pedir a decretação de abertura do concurso de credores civil, ou a decretação de abertura da falência. Em todo caso, a constrição executiva já feita aproveita ao credor embargante e a quaisquer outros (extensão subjetiva da penhora, Tomo XXVII, § 3.263, 8). Ésse ponto ficou assente (MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria,* III, 807) : o concurso de credores não suspende a execução, como diziam juristas estrangeiros e portuguêses, o que se dá, e MANUEL

GONÇALVES DA SILVA o frisou, é que se suspende a entrega do valor que se extraia: “loquuntur enim de suspensione traditionis pretii, per suam exequutio consummatur, non vero de suspensione exequutionis in re”.

Muito diferente é o que se passa com o terceiro, titular de direito real, porque êsse, em verdade, não se satisfaria com o valor extraido, ou, se tal extração tivesse de haver, para ela teria de ser citado ou notificado, ou de outro modo, que a lei proveja, pôsto na relação jurídica processual em que se cogita de extrair, não o valor do bem *menos* o direito real, mas de todo o bem.

- § 4.263. Conceito e natureza do direito de preferência

1.FIxAÇÃO DE CONCEITOS. O conceito de pacto de preferência é mais vasto que o conceito de pacto de preempção. tsse se contém naquele.

~ simples espécie, como o pacto de preferência no contrato de locação, no contrato de compra-e-

-venda (pacto de pré-venda), ou no contrato de edição. Em todos há, como efeito, o direito formativo gerador, cujo exercicio nasce ao querer o outorgante alienar o bem e estar em via de aliená-lo. Não é o direito que nasce a êsse momento. O direito formativo gerador já nasceu. O que está em suspenso é o seu exercício. Ésse exercício é que está condicionado. O direito é a ficar à frente de qualquer interessado em adquirir o bem: preferir. Daí chamar-se ao titular dêsse direito, no Código de Processo Civil, art. 813, "preferente". Na espécie da preempção, há o preferente, que compra com preterição dos outros que se oferecem a comprar, ou que poderiam vir a ser oferentes. Não se confunde com o optante, que é titular de direito de opção, nem com o pré-contraente da compra-e-venda, que tem pretensão a comprar. Não se trata de direito formativo gerador, que independa de atitude de disposição por parte do outorgante: seria direito à opção, e não à preferência. Nem se reduz a simples pretensão à compra, êrro de F. ENDEMANN *(Lehrbuch,* ~, 9Y ed., 1.014), nem a efeito de oferta de contrato, nem, tão-pouco, compra sob condição suspensiva (compra-e-venda duplamente suspensiva, em caso de ir vender o outorgante o bem e de declarar o outorgado quem comprar), nem pré-contrato incluso no contrato de compra-e-venda ou outro, O direito. formativo gerador, nas preferências, ~ó se exerce se há a situação prevista de concorrência, ainda se somente possível, de oferentes ou de aceitantes. No direito de opção, abstrai-se disso: não importa se o outorgante vai alienar, ou contratar, ou não vai; nem se há interessados que dêem maior preço, ou ofereçam o mesmo preço em melhores cláusulas.

2.PRECISÕES. Tanto a preferência que pode ser à compra, ao aluguer, ou a qualquer outra situação em relação jurídica contratual, ou de acôrdo quanto a preempção, que **Só** se refere à compra, podem estar em qualquer contrato, seja bilateral, seja plurilateral, seja unilateral. Mais: pode ser irradiação de negócio jurídico unilateral (e.

g., a promessa de recompensa em que o prêmio é preferência, ou direito de preempção).

§ 4.264. Direitos de preferência

1.LEI E NEGÓCIO JuRíDico. (a) O direito de preferência pode resultar de lei, ou de negócio jurídico. Se *ex tege,* satisfeitos os pressupostos para que êle surja, ou êle entra, automàticamente, no patrimônio da

pessoa a favor de **a-.**

quem a lei o criou, ou a lei fêz dependente de algum ato da pessoa beneficiada a entrada no patrimônio.

É preciso que se não confunda a irradiação do direito de preferência com o seu exercício, isto é, os pressupostos daquela com os pressupostos para êsse.

O negócio jurídico de que pode provir direito de preferência ou é unilateral, ou bilateral, ou plurilateral. A fonte negocial mais frequente é o negócio jurídico bilateral, o contrato ou pacto de preferência; todavia, nada obsta a que se atribua a alguém, em negócios jurídicos unilaterais, ou em negócios jurídicos plurilaterais, direito de preferência.

São exemplos de direito de preferência originados da lei os dos arts. 632, 636 e 1.139 do Código Civil, concernentes *à* alienação de bem comum indivisível, o do art. 1.150, a respeito de bem desapropriado, se a entidade desapropriante não lhe dá o fim a que se destinava, os dos arts. 683, 684, 685, 689 e 694, referentes à enfiteuse e a subenfiteuse, o do Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 111, § *49,* que é tocante à subscrição de açôes de companhias, e o do art. **9O** da Lei n. 8.912, de 3 de julho de 1961.

Pode haver, também, a criação *judicial* do direito de preferencia.

2.CLÁUSULA E PACTO ANTERIOR OU POSTERIOR DE PREFERÊNCIA . O pacto de preempçáo ou preferência em caso de alienação é mais usado como cláusula do que separado, mas isso de modo nenhum justifica que não se admita por pacto anterior ou posterior ao contrato de compra-e-venda, ou a outro contrato, ou, até, declaração unilateral de vontade (promessa de recompensa em que se insere a cláusula de ter o promitente preferências em caso de alienação do prêmio, ou de tê-la o projssàrio, que perde o objeto premiado, se o promitente quer alienar tal objeto). Dá-se o mesmo se estabelecido em testamento o direito de preempçáo.

8.DIREITO DE PREFERÊNCIA E PRÉ-CONTRATO. Se do negócio jurídico pôde irradiar-se o direito formativo gerador, não houve pré-contrato: o segundo contrato é resultante do direito formativo gerador, e não de adimplemento do contrato anterior. Tem-se de raciocinar do mesmo modo, quer se trate de direito de preferência,

quer se trate de direito de opção.

Se se afirma que o pacto de preferência é promessa unilateral de venda, condicional, exclui-se tratar-se de direito formativo gerador: há pré-contrato. Mas tal construção obscurece, em vez de aclarar. Se é certo que o outorgante pode afrontar o outorgado, comunicando-lhe que vai alienar e dizendo-lhe quais os elementos, pode o outorgado, sabendo disso, exercer o direito, que tem, segundo o art. 1.151, ainda que ignore as ofertas ou aceitações que o outorgante haja obtido, se as obteve. Não se exerce pretensão a adquirir: exerce-se direito formativo gerador, o que é mais. Os juristas que vêem, à base do direito de preferência, compra sob dupla condição suspensiva, transformam em condição ao direito o que só diz respeito ao exercicio e tornam condição o exercício mesmo (manifestação de vontade do preferente).

Se há contrato, êsse cria o direito de preferência, sem ser, têcnicamente, pré-contrato. O contrato que dissesse "Se A fôr vender, tem B preferência na compra", não é pré-contrato, é contrato com - cláusula de preferência, ou pacto de preferência. Tão-pouco, é pré-contrato o contrato de opção: não se promete contrato; a opção é exercício de direito formativo gerador. Os escritores que reduzem o *pactuin protimiseos* a pré-contrato e acrescentam que dêle resulta direito formativo gerador caem em contradição, ou dilatam, a ponto de o apagar, o conceito de pré-contrato. Se o contrato bastou para dêle se irradiar direito formativo gerador, já não se pode pensar em se tratar de simples promessa de contratar, de pré-contrato. Os dois contratos, um posterior ao cutro, não estão em relação tal que justifique falar-se de pré-contrato e de contrato prometido.

Os juristas franceses, de F. LAURENT *(Principes,* 24, 23) até há pouco, não conheciam a classe dos direitos formativos geradores, razão por que perseveraram na definição do pacto de preempçáo como promessa unilateral, condicional, de venda.

Os que entendem haver pré-contrato, necessàriamente, se há direito de preferência, vêem na cláusula, ou no pacto posterior ou anterior, promessa de contratar, de que resulte pretensão a contratar. Mas deixam de atender a que o direito de preferência é *mais* do que a pretensão ao contrato de compra--e-venda. É direito formativo gerador. Se é direito formativo gerador não é simples pretensão a comprar, ou *à* conclusão de outro contrato. À base do direito de preferência, pode estar contrato, pode estar manifestação unilateral de vontade *(e. g.,* promessa de recompensa, testamento), pode estar a lei.

4. ESPÉCIES DE DIREITO DE PREFERÊNCIA. Os arts. 1.149-

-1.157do Código Civil trataram do direito de preferência na compra-e-venda, tão-só. O direito de preferência pode resultar de cláusula ou de pacto posterior ou anterior, que se refira a relação jurídica oriunda de **a-.**

compra-e-venda, ou de troca, ou de outro contrato, ou de manifestação unilateral de vontade; ou de lei, que o estabeleça. Porém é preciso que se não confunda com o direito de opção, ainda quando êsse provenha de cláusula inserta nalgum daqueles negócios jurídicos, ou da lei. Os arts. 1.149-1.157 nada têm com o direito de opção.

Quem opta não precisa preferir. Quem prefere tem de escolher entre manifestar a vontade ou deixar que outrem se coloque no lugar em que poderia colocar-se, preferindo. Não há qualquer preterição em quem opta. Em quem prefere, sim; porque afasta a alguém.

O direito de preferência pode consistir em direito a preferir a outrem em qualquer negócio jurídico. Diz o Código Civil, art. 1.152: "O direito de preempção não se estende senão às situaçôes indicadas nos arts. 1.149 e 1.150, nem a outro direito real que não a propriedade". A redação foi má. O que se há de entender é que o direito de preempçáo só se refere às situações mencionadas nos arts. 1.149 e 1.150; portanto, tautolôgicamente, só a compra. Não se estatuiu que só em contrato de c0mpra-e-venda e em caso de desapropriação de imóvel se possa cogitar de direito à preempção.

Há direito à preempçáo criado em contrato de compra..e-venda, de troca, de locação, de comodato, de depósito, ou de sociedade, em negócio jurídico unilateral. Por outro lado, ½ o sujeito passivo do direito de preempçáo não fica inibido de entrar em sociedade, dar em dote, doar, ainda com encargo, ou trocar, salvo se foi expresso o pacto.

O Código Civil,

„>art. 1.152, no que não é tautológico (preempçáo só é pré-□-compra), tem de ser considerado dispositivo *(=* se se disse expressamente, incluiu-se no conceito de venda a troca, ou a alienação gratuita), mas, rigorosamente, há, então, pacto\.<.de preferência, conceito mais amplo, e não só pacto depreempção. Os arts. 1.149-1.157 do Código Civil só se destinaram a regulação do direito de preempçáo que se irradia de cláusula inserta no contrato de compra-e-venda, ou em pacto anteriorou posterior, adjeto. Não pré-

excluiram cláusulas e pactos adjectos a outros negócios jurídicos, bilaterais, plurilaterais,ou unilaterais, nem direitos de preferência oriundos de lei;nem cláusulas e pactos em que se cogite de preferência semser na compra (preferência na locação, no empréstimo, na cessão de crédito, na garantia real, etc.).

5.INCREDIBILIDADE E INTRANSMISSIBILIDADE. O direito de preempção não pode ser cedido, nem se transmite; salvo cláusula em coptrário. Assim, é dispositivo o art. 1.157 do Código Civil, que diz: "O direito de preferência não se pode ceder, nem passa a herdeiros".

6.PLURALIDADE DE TITULARES DO DIREITO FORMATIVO GERADaR. Se dois ou mais são os titulares do direito de preferência, tem-se de entender, *dis positivamente,* que somente pode ser exercido quanto a tôda a coisa. Se algum ou alguns o perdem, inclusive por preclusão, o restante ou os restantes podem exercê-lo. É o que resulta do Código Civil, art. 1.154, que diz:

"Quando o direito de preempção fôr estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só poderá ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas a quem êle toque, perder, ou não exercer o seu direito, poderão os demais utilizá-lo na forma sobredita". A regra jurídica é dispositiva; e não cogente. Nada obsta a que se convencione que, sobre-vindo venda de apartamentos, ou de andares, em vez de venda do edifício, possa cada um dos titulares exercer separada-mente o direito à compra de apartamento, ou de andar; ou que se determine a divisibilidade da coisa. Por outro lado, para a incidência do art. 1.154, se fôra vendida parte indivisa do bem, a parte é considerada todo.

Se, com violação do direito formativo gerador, o outorgante vende parte, que não podia vender sem afrontar o outorgado, tem êsse ação quanto a essa parte e ação quanto ao restante.

O pacto de preempçáo não pode ser eficaz para se afastar a incidência do art. 1.193.

7. PLURALIDADE DE BENS ADQUIRIDOS E PACTO DE PREEMPÇÃO. Se o outorgante comprou duas ou mais coisas, porém só a respeito de uma delas, ou de algumas, se pactuou a preempção, ou os preços foram relativos a cada uma, e nenhuma questão surge, ou o preço foi global, e tem o preferente de prestar como preço da coisa preempta parte proporcional ao preço que recebeu. Se a separação da coisa, ou a

compra de uma só, ou de algumas coisas, é danosa ao outorgante e nada se dispôs, a êsse respeito, no pacto, entende-se que a preempçáo concerne a tôdas as coisas, ou àquelas que haveriam de ser compradas juntamente, devido ao prejuízo para o outorgante (cf. Código Civil ale mão, § 508).

a-.